

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**“LA IMPLEMENTACIÓN DE MODALIDADES DEL ACTO
JURIDICO A LOS HEREDEROS FORZOSOS QUE PERCIBEN SU
LEGITIMA VIA TESTAMENTO EN EL PERÚ”**

Presentada por:

Br. ROSSELYN YENURI ACHA SALAZAR

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Línea de Investigación Institucional:

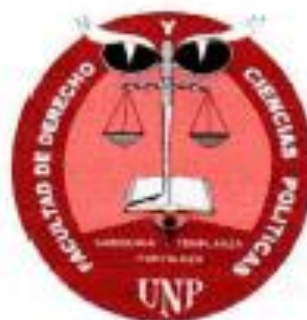
Legislación y Ciencias Políticas

Sub línea de Investigación:

Derecho Civil: Nuevas Tendencias

**PIURA – PERÚ
2019**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“LA IMPLEMENTACIÓN DE MODALIDADES DEL ACTO
JURIDICO A LOS HEREDEROS FORZOSOS QUE PERCIBEN SU
LEGITIMA VIA TESTAMENTO EN EL PERÚ”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Bach. ROSSELYN YENURI-ACHA SALAZAR

Ejecutor

Mg. FIDENCIO FRANCISCO CUNYA CELI

Asesor

Línea de Investigación Institucional:

Legislación y Ciencias Políticas

Sub línea de Investigación:

Derecho Civil: Nuevas Tendencias

**PIURA – PERÚ
2019**

DECLARACION JURADA DE ORIGINALIDAD DE LA TESIS

Yo, **ROSSELYN YENURI ACHA SALAZAR**, identificada con DNI N° 75822953, en la condición de bachiller de la facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**, escuela profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS** con domicilio en **URB. VILLA CALIFORNIA MZ. U, LOTE 02**, distrito de **CASTILLA**, provincia y departamento de **PIURA**, con número de celular **944485213** y correo electrónico: **rosselyn.yenuri@hotmail.com**.

DECLARO BAJO JURAMENTO, que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la Código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.


DNI N° 75822953

Artículo 411°.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4, inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales – RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/C.

Piura, 29 de Noviembre del 2019.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
115-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada "LA IMPLEMENTACIÓN DE MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO A LOS HEREDEROS FORZOSOS QUE PERCIBEN SU LEGÍTIMA VÍA TESTAMENTO EN EL PERÚ" presentada por la Bachiller ACHA SALAZAR ROSSELYN YENURI para optar el Título Profesional de Abogado, con el asesoramiento del MAG. FIDENCIO FRANCISCO CUNYA CELI; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA (x)

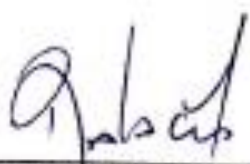
DESAPROBADA ()

Con la mención de:

Buena

- (x) En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 22 de diciembre de 2019


DR. ROBERTO PALACIOS MARQUEZ
PRESIDENTE


DR. DEIVER VILCHERREZ VILELA
SECRETARIO


MAG. GUILLERMO ENRIQUE CEVALLOS LOPEZ
VOCAL

DEDICATORIA

*A mis padres, Rosa y Raúl, por
su afecto y apoyo incondicional.*

AGRADECIMIENTO

*Agradezco a Dios, por darme
sabiduría y paciencia para superar
cada obstáculo.*

*A los Dres. Esthely Bayona Castro y
Francisco Cunya Celi por su
orientación y apoyo brindado al
desarrollar esta investigación.*

INDICE

DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
RESUMEN.....	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I.....	13
I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	13
1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	13
1.2 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.3 OBJETIVOS	14
1.3.1 OBJETIVO GENERAL	14
1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	14
1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	15
1.4.1 ESPACIAL.....	15
1.4.2 TEMPORAL	15
1.4.3 ECONÓMICA.....	15
CAPÍTULO II.....	16
II. MARCO TEÓRICO.....	16
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	16
2.2 BASES TEÓRICAS.....	16
2.2.1 PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA(TORRES VASQUEZ, 2012)	16
2.2.2 SUCESIÓN TESTAMENTARIA (UNAM, S.F.).....	17
2.3 GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS (OSSORIO, 2010)	18
2.4 MARCO REFERENCIAL.....	19
2.4.1 ACTO JURÍDICO	19
2.4.2 DERECHO DE SUCESIONES.....	30
2.4.3 EL TESTAMENTO.....	31
2.4.4 LOS SUCESTORES	45
2.4.5 CLASE DE SUCESIONES(ACEDO PENCO, 2014).....	47
2.4.6 SUCESIÓN TESTAMENTARIA	48
2.4.7 LA LEGÍTIMA	49
2.5 ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES (ESPINOZA ESPINOZA, 2002).....	52
2.6 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ART. 733° DEL CÓDIGO CIVIL	53
2.7 LAS MODALIDADES EN EL DERECHO COMPARADO APLICABLES A LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA	55

2.8	HIPÓTESIS	62
2.8.1	HIPÓTESIS GENERAL.....	62
2.8.2	HIPÓTESIS ESPECÍFICA.	62
	CAPÍTULO III	63
III.	MARCO METODOLÓGICO.....	63
3.1	ENFOQUE.....	63
3.2	DISEÑO.....	63
3.3	NIVEL	63
3.4	TIPO	63
3.5	SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN	63
3.5.1	EL UNIVERSO: JUECES CIVILES DEL PODER JUDICIAL.....	63
3.5.2	POBLACIÓN: JUECES CIVILES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA. 63	
3.5.3	MUESTRA: CINCO JUECES DE LOS JUZGADOS CIVILES DE PIURA.	63
3.6	MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS	63
3.7	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	64
	CAPITULO IV	65
IV.	PROBANZA DE HIPOTESIS.....	65
4.1	PROBANZA JURÍDICO – SOCIAL – DOCTRINAL	65
	CONCLUSIONES	71
	RECOMENDACIONES	72
	PROPUESTA LEGISLATIVA	73
	BIBLIOGRAFÍA Y LINKOGRAFÍA	74
	ANEXOS.....	76

INDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	66
Tabla 2.....	66
Tabla 3.....	67
Tabla 4.....	68
Tabla 5.....	69
Tabla 6.....	70

INDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1.....	66
Gráfico 2.....	67
Gráfico 3.....	68
Gráfico 4.....	69
Gráfico 5.....	70

RESUMEN

La presente tesis está orientada a desarrollar la problemática respecto a la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria; en la actualidad en nuestro Código Civil, está regulada la imposición de modalidades del acto jurídico, sin embargo, no se puede imponer dichas modalidades al momento de redactar un testamento, es por ello, que la investigación se realiza en base a la siguiente interrogante: ¿Es necesario regular la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria, en el Perú?, estableciendo como objetivo principal, determinar si es necesario regular la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria.

La tesis desarrolla temas de acto jurídico, doctrina fundamental para el inicio de la presente investigación, debido a que, en el Libro II, Capítulo V, del Código Civil, encontramos la regulación de las modalidades del acto jurídico. Enfocándonos en la sucesión testamentaria. Los sucesores, quienes tienen derecho a percibir la totalidad o parte de la herencia, centrándonos en los herederos forzosos, debido a que, en nuestra regulación, son aquellos a los que el testador no puede imponer modalidades. La legítima, viene a ser la parte intangible de los bienes del testador, de la que no puede disponer libremente, porque está reservada a los herederos forzosos. Los comentarios al artículo 733° y 736° del Código Civil, siendo los artículos que serán modificados. Las modalidades en el derecho comparado, para desarrollar como en otras legislaciones extranjeras viene funcionando el tema en cuestión.

Por último, los fundamentos de la modificación de los artículos pertinentes del Código Civil vigente, respecto a las modalidades del acto jurídico que se deben implementar al testamento. Concluyendo que se requiere una modificación a dichos artículos.

PALABRAS CLAVES:

Acto jurídico, sucesión testamentaria, herederos forzosos, legítima.

ABSTRACT

The present thesis is oriented to develop the problematic about the imposition of modalities of the legal act to the forced heirs to perceive theirs legitimate, testamentary way, at present in our Civil Code, it is regulated the imposition of modalities of the legal act, however, it is not possible to impose the modalities, at the time of writing a Will, it is for that reason that the investigation is carried out based on the following question: Is it necessary to regulate the imposition of modalities of the legal act to the forced heirs to perceive their legitimate, testamentary way, in Peru?, establishing as main objective, to determine if it is necessary to regulate the imposition modalities of the legal act to the forced heirs to the perceive their legitimate way testamentary.

The thesis is developing topics of legal act, fundamental doctrine for the present investigation, because in the Book II, Chapter V, of the Civil Code, we find regulation of the modalities of the legal act. We will be focused on the testamentary. The successors, whom have rights to receive all or part of the inheritance, we are focuses on forced heirs, because in our regulation, are those who the testator cannot impose modalities. The legitimate, becomes the intangible part of the property of the testator, which cannot be freely dispose, because it is reserved to the forced heirs. The comments to the articles 733 and 736 of the Civil Code, being the articles that will be modified. The modalities in comparative law, to develop as in others foreign legislations has been operating the imposition of the modalities of the legal act.

Finally, the basis of the modification of the articles of the current Civil Code, regarding the modalities of the legal act that should be imposed.

KEYWORDS:

Legal act, probate, forced heirs, legitimate.

INTRODUCCIÓN

El testamento es un acto jurídico regulado en nuestro Código Civil, mediante el cual una persona puede disponer de su patrimonio, siempre que no afecte la legítima de los herederos forzosos, es por ello, que el artículo 733° del C.C señala lo siguiente: *“El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquellas gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731° y 732°, salvo en los referidos casos.”* Por lo tanto, en la actualidad cuando se redacta un testamento, no se puede imponer modalidad alguna, y en caso de hacerlo a pesar de estar prohibido, se tendrán por no puestas, de acuerdo al artículo 736° del mismo Código, estableciendo que: *“la institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas.”* Es decir, que el titular de los bienes (testador) no puede manifestar su última voluntad debido a que la norma lo prohíbe en el caso de imposición de modalidades. Por lo que, el testador debe instituir a sus herederos forzosos de manera simple y absoluta.

Con ello surge el siguiente problema ¿Es necesario regular la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria, en el Perú?, plateándonos como hipótesis “Es necesario regular la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria; porque permitiría respetar la autonomía privada de la voluntad y mantener la unidad del patrimonio hereditario”.

El material empleado en la presente investigación fue netamente bibliográfico y se empleó método de hermenéutica jurídica y descriptiva. La investigación cuenta con una dispersión temática de siete puntos; siendo el Primer punto referente al acto jurídico, en el que se desarrolla el concepto, requisitos de validez, modalidades del acto jurídico y clases de modalidades, asimismo las modalidades en el derecho comparado aplicables a la sucesión mortis causa, desarrollándose las modalidades en el derecho italiano, colombiano y español. En el segundo punto, referente al derecho de sucesiones, en el que se desarrollan su definición, fundamento, su evolución y principios. En el tercer punto, denominado el testamento, en el que se desarrollan conceptos, características, clases de testamentos y las modalidades en el testamento. En el cuarto punto, denominado los sucesores, se trató temas como sucesores a título universal y sucesores a título particular. En el quinto punto, denominado clase de sucesiones, se dividió en la sucesión a título universal, la sucesión a título personal, la sucesión voluntaria y sucesión lene, y la mortis causa capiones. En el sexto punto veremos todo lo referente a la sucesión testamentaria; y, por último, el punto siete, denominado la legítima, se tomó en cuenta las generalidades, la naturaleza, los requisitos para la configuración de la legítima, entre otros.

Finalmente, la conclusión de la presente investigación es realizar una modificación del libro de sucesiones, para que las personas que al momento de otorgar un testamento y desean suscribir modalidades a los herederos forzosos, puedan hacerlo, sin embargo, estas no deben ir contra la ley, ni las buenas costumbres, así como tampoco deben ser ilícitas, jurídicas o físicamente imposibles; y que las modalidades impuestas en el testamento se regirán por lo regulado en el libro de acto jurídico, respecto a las modalidades, en lo que corresponda.

CAPÍTULO I

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

En el Perú anualmente las personas fallecen por diversas causas, entre ellas las principales serían según el Ministerio de Salud, tumores, influenza, neumonía, enfermedades bacterianas, enfermedades del corazón, cerebrovasculares, respiratorias, diabetes, entre otras. Gran porcentaje de las personas que fallecen en nuestro país, a lo largo de su vida acumularon una fortuna producto de su esfuerzo, por lo que algunos deciden dejar un testamento, en el que quieren establecer su última voluntad, sin embargo, en diversas ocasiones lo señalado por el testador, no se puede plasmar en el testamento debido a que en nuestro ordenamiento jurídico, existen instituciones o figuras que están limitadas y no es como en los cuerpos legales de otros países como Italia, España, Colombia, entre otros, en los que no existe tal limitación, por ejemplo, la imposición de modalidades a los herederos forzosos, es decir, nuestro legislador restringió muchas situaciones reales o potenciales en el derecho de sucesiones, para cumplir con la última voluntad del testador y proteger su legítima. En estos casos entra a tallar el derecho sucesorio que está referido al ingreso de una persona en el lugar de otra que acaba de fallecer, tomando la posición jurídica que a ésta correspondía.

La sucesión es el medio por el que una persona ocupa en derechos el lugar de otra; es decir, lleva implícita la sustitución de una persona.

En el Código Civil Peruano se distingue dos maneras de suceder, que son la sucesión testamentaria y la sucesión intestada, siendo que en este caso me enfocaré en la primera, debido a que sólo en ésta sería factible la imposición de modalidades por parte del testador hacia los herederos forzosos.

En el Perú existen diversos casos en los que, al momento de redactar un testamento, los testadores desean imponer modalidades a sus herederos forzosos, sin embargo, no pueden hacerlo, por estar expresamente señalado en los artículos 689°, 733° y 736°, del Código Civil Peruano.

No se le permite al testador privar de la legítima a sus parientes considerados legalmente como herederos forzosos: los descendientes, los ascendientes y el cónyuge. Pero tras de tan sencillo enunciado vienen los problemas. Privar de la legítima equivale a despojar, quitar, negar el acceso a ella. Lo que el legislador ha querido, en suma, es evitar que mediante disposiciones testamentarias el testador impida (adrede o involuntariamente) que el forzoso reciba todo lo que legitimariamente debiera corresponderle. Es preciso señalar que, en mérito a la Ley 30007, ahora también es considerado como heredero forzoso al conviviente que haya conformado la unión de hecho pura, con el causante.

Por ejemplo, el Señor Luis Pérez Vargas, se encontraba delicado de salud y decidió redactar su testamento, él deseaba que su empresa de transportes “Turismo el Norteño S.A.”, siga generando trabajo para muchas personas y que no sea dividida, para ello sus herederos deberían seguir haciendo crecer el negocio familiar que tanto le había costado tener durante el transcurso de su vida, por eso, desea que en una de las cláusulas del testamento se establezca que durante 20 años sus herederos no se deben repartir la herencia y así puedan consolidar su negocio, beneficiando a varias generaciones.

Otro caso que con frecuencia sucede es, por ejemplo, el señor Alejandro tiene un hijo llamado Alberto, estudiante del segundo ciclo de la carrera de Ingeniería Informática, en la Universidad Privada Antenor Orrego. Alejandro quiere dejarle a Alberto su legítima, pero que se le otorgue en partes, desea que en el testamento se establezca que recibirá S/. 1 500.00 mensual, que su herencia va a estar repartida de ese modo hasta que termine su carrera universitaria. Una vez

que termina, recibe la herencia que sería un bien inmueble y una cuenta en el banco. Se le está imponiendo una condición, debido a que hace depender de ese acontecimiento (que termine la carrera universitaria), para que cese la pensión mensual y pueda heredar el inmueble y la cuenta bancaria.

Teniendo en cuenta los casos antes mencionados, en el Perú no se le puede imponer modalidades a los herederos forzosos, a diferencia de la Legislación Internacional como la italiana o colombiana en la que a los herederos forzosos si se les puede imponer modalidades, siempre y cuando dichas imposiciones no vayan contra las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público. Es decir, que, en los ordenamientos jurídicos de los países antes mencionados, tienen ciertos límites dichas imposiciones.

El segundo precepto del artículo 733°, del Código Civil Peruano, dispone que el testador tampoco pueda imponer a la legítima gravamen, modalidad o sustitución alguna. Si lo hiciera, como estatuye el artículo 736°, del Código Civil, la disposición se tiene por no puesta.

En nuestro país, cuando fallece una persona lo primero que se hace es repartirse la herencia y no se piensa en las desventajas de la división de la masa hereditaria, porque los herederos en muchos casos no saben administrar el negocio que a sus padres les costó mucho sacrificio y esfuerzo durante toda su vida. Por ello, se tiene que verificar si es necesario imponer modalidades a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria en nuestro país.

1.2 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

Esta investigación se justifica en la última voluntad del testador ante la celebración de un acto jurídico, debido a que es posible insertar modalidades en las cláusulas testamentarias por la que se instituyen legados. Según el artículo 768°: “El legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento de un plazo, mientras no se cumpla la condición o venza el plazo. Mientras tanto puede ejercer las medidas precautorias de su derecho. El legado con cargo, se rige por lo dispuesto para las donaciones sujetas a esta modalidad”.

Las modalidades señaladas en el artículo precedente corresponden a las modalidades del acto jurídico, por lo que es posible establecer modalidades a legatarios, ¿porqué hacer una restricción a la última voluntad del testador, al tener por no puestas las modalidades impuestas en el testamento respecto de los herederos forzosos?

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo general

Regular la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria.

1.3.2 Objetivos específicos

Respetar la última voluntad del causante respecto a sus herederos forzosos al momento de percibir su legítima vía testamentaria.

1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 Espacial

La investigación se encuentra delimitada al análisis de los artículos 733 y 736 del Código Civil, referido a la intangibilidad de la legítima y la forma de instituir al heredero forzoso.

1.4.2 Temporal

En cuanto al tiempo, se hace referencia desde el momento en que entra en vigencia dicha norma y su implicancia en la actualidad.

1.4.3 Económica

Esta delimitación está supeditada a que los recursos son por cuenta propia del investigador.

CAPÍTULO II

II. MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

La problemática de la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria en el Perú, no ha sido tratada en tesis alguna, sin embargo, existen investigaciones como:

(DE LA FUENTE HONTAÑÓN, 2017), en su investigación “La delimitación del plazo y la condición testamentaria en el ámbito registral: ¿Es posible otorgar un testamento bajo condición resolutoria?”, donde señala que el Código Civil actual no regula las figuras del fideicomiso testamentario ni la sustitución fideicomisaria, se abre una puerta a su utilización, en cuanto el testador sobre la base de la autonomía privada incluye cláusulas introduciendo plazos y condiciones.

(CLEMENTE ROTHFUSS, 2015), en su investigación “El principio de Autonomía privada y la legítima en el Derecho Sucesorio Peruano: ¿En qué medida aplicando el principio de autonomía privada, debe permitirse al testador disponer libremente de los montos de la legítima a favor de los herederos forzosos?”, donde señala que la autonomía privada es la potestad que ostenta una determinada persona y que le permite regular libremente, más no ilimitada, ciertos ámbitos de su esfera jurídica privada, dicha potestad es reconocida por el Estado a través de disposiciones normativas que permiten regular situaciones jurídicas en función a la voluntad, tal como libertad contractual. La autonomía privada se encuentra limitada en el ordenamiento nacional, a diferencia de la normatividad comparada.

(DE LA FUENTE HONTAÑÓN, 2017), en su investigación “Algunas propuestas modificatorias al Libro IV de sucesiones. La introducción de la sustitución fideicomisaria en el Código Civil peruano de 1984”, donde señala que se debe promover la cultura del testamento y simplificar sus formalidades, así como conceder facultades dispositivas más amplias a los testadores. - Con los avances tecnológicos, se ve necesario regular la herencia digital. - Es muy útil y beneficioso para la protección del patrimonio y el beneficio de los familiares y otras personas o entidades, la introducción de las figuras del fideicomiso testamentario, actualmente regulado por la Ley 26702 -y que no suele establecerse por y para personas naturales en previsión de un fondo de inversión- y de la sustitución fideicomisaria en el Código civil, sobre la base de la autonomía privada, con los límites establecidos por la ley. Así como regular la figura del dominio fiduciario.

2.2 BASES TEÓRICAS.

2.2.1 Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada(TORRES VASQUEZ, 2012)

La autonomía de la voluntad privada es un principio reconocido por el Derecho peruano. El Código civil de 1852 estableció: “A nadie puede impedirse la acción que no esta prohibida por la Ley” (art. III del TP) y que “ningún pacto exime de la observancia de la ley; sin embargo, es permitido renunciar a los derechos que ella concede siempre que sean meramente privados y que no interesen al orden publico ni a las buenas costumbres”. (art. VII del TP).

La Constitución Política de 1993 también consagra el principio por el que “*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*” (literal “a” del inc. 24 del art. 2º) y reconoce también los derechos fundamentales de la persona como el de “*asociarse, constituir fundaciones, y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin requerir para ello de autorización previa y con arreglo a ley*” (inc. 13 del art. 2); a “*contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*” (inc. 14 del art. 2); “*a trabajar libremente, con sujeción a la ley*” (inc. 15 del art. 2); que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado (art. 58); que “*la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase*” (art. 62).

El Código civil vigente de 1984, dispone: “*Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*” (art. V del TP); el art. 686 establece que “*por el testamento, una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señale. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas*”.

Por la autonomía privada las personas tienen la libertad de celebrar o no un acto jurídico, de escoger la persona con quién celebrarlo, de determinar su contenido, o de regularlo, modificarlo o extinguirlo. Pero esta autonomía de la voluntad privada no es omnisciente, sino que está limitada por las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres (art. V del TP), el abuso del derecho (art. II del TP y art. 103, *in fine*, de la Constitución), los principios de corrección, buena fe y confianza, la no injerencia en la esfera jurídica de terceros, el interés social, etc.

Por la autonomía privada el sujeto tiene libertad para moverse con plena independencia, siempre que no sobrepase los límites fijados por el ordenamiento.

Como expresa Bigliazzi Geri, la autonomía es sinónimo de libertad, pero no de arbitrio, si por tal se entiende una situación absolutamente desvinculada de todo límite normativo. La autonomía está delimitada por exigencias de solidaridad social, buena fe y paridad de tratamiento, seguridad, libertad, dignidad, función y utilidad social.

El Derecho peruano en reconocimiento de la dignidad y libertad del ser humano le reconoce y tutela su autonomía para que pueda regular su propia esfera privada y, al mismo tiempo, en defensa del grupo social, establece límites a la autonomía de la voluntad privada, los mismos que están fijados por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

2.2.2 Sucesión Testamentaria(UNAM, s.f.)

El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por medio del cual una persona capaz, transmite y/o dispone de sus bienes y derechos, declara o cumple deberes para después de su muerte.

El testador es la persona capaz que dispone de sus bienes y derechos a través de un testamento, en los términos de ley.

Existen 3 elementos a considerar en una sucesión testamentaria por el testador:

- 1) El derecho del testador a disponer, mientras se encuentra con vida, sobre la transmisión de sus bienes para después de su muerte.
- 2) El deber del testador de dar cumplimiento a las obligaciones y deberes que guarda con respecto a su cónyuge, hijos y otros familiares con quien los tenga por disposición de la ley.
- 3) Dar cumplimiento a cualquier otra obligación frente a terceros o que tenga con arreglo a la ley.

Respecto a las disposiciones del testamento, se pueden señalar como reglas de interpretación las siguientes:

- 1) La disposición hecha en términos vagos a favor de los parientes del testador se entenderá que se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima.
- 2) Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con notoria claridad que fue otra la voluntad del testador.
- 3) En caso de duda sobre la inteligencia o la interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según lo estipulado en el testamento y alguna prueba auxiliar que presenten los interesados.

Finalmente, en caso de que un testamento se pierda o sea escondido, los interesados podrán exigir su cumplimiento si demuestran fehacientemente tales hechos, el contenido del testamento y que en su otorgamiento se llenaron todas las formalidades legales.

2.3 GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS(OSSORIO, 2010)

- **ACTO JURIDICO:** El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Agente capaz. 2. Objeto física y jurídicamente posible. 3. Fin lícito. 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.¹
- **HEREDERO FORZOSO:** Por no poderlo excluir el causante de la sucesión, salvo causa legal de desheredación. Sinónimo de heredero legitimario.
- **LEGÍTIMA:** Porción de la herencia que corresponde a determinados parientes, llamados herederos legitimarios, forzosos o necesarios y de la cual no puede disponer el testador. En consecuencia, la legítima supone una limitación de la facultad del testador para disponer libremente de sus bienes cuando existen parientes así protegidos en sus derechos hereditarios. A falta de ellos, puede el causante distribuir la herencia en la forma que le acomode.
- **TESTAMENTARIA:** Ejecución o cumplimiento de la voluntad establecida en un testamento. Conjunto de antecedentes, documentos y toda suerte de datos que conciernen a una sucesión testamentaria o testada.
- **TESTAMENTO:** Acto celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone de todo, o parte de sus bienes, para después de su muerte. El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzgan según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.

¹ Art. 140 del Libro II: Acto Jurídico del Código Civil.

- **CONDICIÓN:** Se habla de condición cuando las consecuencias de un acto jurídico quedan supeditadas a un acontecimiento incierto y futuro que puede llegar o no, o a la resolución de un derecho ya adquirido. En ningún caso, la condición puede referirse a una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres ni prohibida por las leyes. La condición se llama suspensiva cuando debe existir o no existir, según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda. Y se llama resolutoria cuando las partes subordinan a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido.
- **PLAZO:** Término o tiempo señalado para una cosa. Medida de tiempo señalada para la realización de un acto o para la producción de sus efectos jurídicos; dentro de este concepto tiene dos interpretaciones opuestas, por cuanto unas veces sirve para señalar el momento desde el cual una obligación puede ser exigida, y otras para establecer la caducidad de un derecho o su adquisición.
- **CARGO:** Obligación de hacer o cumplir.

2.4 MARCO REFERENCIAL

2.4.1 Acto jurídico

2.4.1.1 Concepto

En nuestro ordenamiento jurídico, el acto jurídico es el acto humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos consistentes en “crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”. (art. 140)². En otros términos, el acto jurídico es la manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y tutela.

Esta definición del acto jurídico es fruto de una abstracción que se obtiene extrapolando las características comunes a las diferentes instituciones del contrato del matrimonio, del testamento y de los actos unilaterales, características todas que son fruto de una manifestación de voluntad con la cual el sujeto los efectos que quiere conseguir.

(TORRES VASQUEZ, 2012) precisa que, definir al acto jurídico como manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico implica asignar a la voluntad de los particulares un papel dominante colocándola en el centro del Derecho privado. En el corazón de la teoría del acto jurídico esta el dogma de la voluntad que exalta la libertad individual. El acto o negocio jurídico en general y el contrato en particular son los instrumentos para que se realice la voluntad, de modo que cada uno sea legislador en su propia esfera jurídica.

La manifestación de voluntad es el centro de gravedad en torno al cual gira todo el sistema jurídico privado. La teoría del acto jurídico cumple una función práctica, reúne los elementos comunes a todas las manifestaciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos, permitiendo una explicación única de todas ellas en cuanto a sus elementos, requisitos, problemas y reglas aplicables; y una función ideológica conectada con el papel dominante que asigna la teoría del acto jurídico a la voluntad, y, por ende, a la libertad individual.

² Libro II: Acto Jurídico del Código Civil

2.4.1.2 Requisitos de validez

En nuestro Código Civil se observa los siguientes requisitos de validez del acto jurídico:

- Agente capaz.
- Objeto física y jurídicamente posible.
- Fin lícito.
- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

2.4.1.3 Las modalidades

A. Definición

Se las define como “elemento accidental o estipulaciones accesorias de un acto jurídico, que alteran sus efectos normales.”(RIVERA ORÉ, 2005)

Como acabamos de enunciar, las modalidades del acto jurídico son ciertos elementos accidentales que modifican los efectos normales del acto, ya tornando incierta la existencia de dichos efectos (condición), ya limitando en el tiempo esos efectos (plazo), ya limitando la ventaja económica del beneficiario de un acto de liberalidad (cargo).

Con el modo se incide sobre un aspecto de la regulación de intereses, con la condición y el plazo se abarca la regulación en su totalidad, incidiendo sobre la operatividad del mismo. De otro lado, mientras que con el plazo la eficacia del acto jurídico es cierta, solo que se posterga (término inicial) o limita en el tiempo (término final), en cuanto está sujeta a una fecha precisa o a un evento cuyo verificarse es cierto, pero es incierto el momento en que se verificará, con la condición la eficacia del acto permanece eventual, en cuanto se hace depender del verificarse o no un evento futuro e incierto.

B. Clases de modalidades

B.1 La Condición

Es el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho. La condición-modalidad viene a ser, pues, un hecho futuro o incierto que arbitrariamente y por la sola voluntad de los declarantes se incorpora al acto jurídico, el que le queda supeditado en cuanto a la producción de sus efectos.

La condición es un acontecimiento futuro e incierto que hace depender el nacimiento de un acto jurídico o también su extinción o resolución. Es decir, el acto jurídico es condicional cuando su nacimiento, sus efectos o su extinción dependen de la realización de ese acontecimiento. Ejemplo: te vendo mi casa en Trujillo si me quedo a radicar en Lima; te presto mi carro si mañana viajo.

B.1.1 Características de la condición(VIDAL RAMIREZ, 2000)

- Debe ser necesariamente pactada.
- Que los caracteres del hecho, suceso, evento o acontecimiento pactado como condición sean a futuro.
- Que sea incierto.

B.1.2 Clases de Condición

Condición Positiva o Negativa

COVIELLO considera positiva la condición cuando el hecho cambia el estado actual de las cosas y es negativa cuando el estado actual de las cosas no se muda, importando poco la forma gramatical en que se hayan expresado las condiciones y, así, es condición positiva si se pacta “te doy cien soles si te casas” y también si se pacta “te doy cien soles, si no tengo más hijos que el que tengo ahora” o “si me quedo con los únicos hijos que tengo”. (VIDAL RAMIREZ, 2000).

En el artículo 175°, del Código Civil Peruano sobre la condición negativa se establece que; “si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse”.

Entonces, se puede señalar que la condición es positiva cuando depende de la realización del evento futuro o incierto, para que se dé el nacimiento o la resolución del acto jurídico; por ejemplo: si terminas tu carrera te dono mi departamento. La condición es negativa, cuando el nacimiento o la extinción del acto jurídico depende de la no realización de la condición; por ejemplo, si no te casas te dono mi departamento. (TORRES VASQUEZ, 2012)

Condición Suspensiva y Resolutoria

La condición es suspensiva cuando el nacimiento del acto jurídico está subordinado a la realización del evento (si la condición es positiva); pero si la condición suspensiva es negativa, el nacimiento del acto dependerá más bien de la no realización del evento puesto como condición; ejemplo, te arriendo mi casa si me voy a vivir fuera de esta ciudad (condición suspensiva positiva) o te arriendo mi casa en Lima, si no me vengo a vivir a esta ciudad (condición suspensiva negativa): se entiende acá que la oferta se está haciendo en la ciudad de Lima.

Es suspensiva cuando los efectos del acto jurídico no se producen hasta que no se cumplen los requisitos o circunstancias de la condición. Por ejemplo, un contrato de seguro contra accidentes automovilísticos, en donde la obligación para la compañía de seguros y los derechos para el asegurado no se producen hasta que se origina un accidente. (TORRES VASQUEZ, 2012)

En condición resolutoria el acto jurídico existe desde el inicio y produce sus efectos, pero cuando se cumpla la condición, el acto jurídico queda resuelto. Por ejemplo: Eva alquila el segundo piso de su casa a Jarol, pero este alquiler será hasta que Eva se case, por que cuando se case, Jarol tendrá que irse.

La condición es suspensiva cuando se debe esperar su realización para que el acto produzca sus efectos y es, resolutoria, contrariamente, cuando los efectos del acto cesan al realizarse la condición. (VIDAL RAMIREZ, 2000)

Condiciones imposibles, ilícitas o contrarias a las buenas costumbres

La condición de una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación: sería imposible concebir que la ley convalidara condiciones ilícitas o contrarias a las buenas costumbres. Las condiciones imposibles, tienen fundamento en la imposibilidad física y jurídica.

Tal es el caso, tocar la cima de una montaña con la mano y/o prender un bien inmueble. La imposibilidad debe ser contemporánea a la realización del acto y debe tener un carácter objetivo. Respecto a la condición contraria a la moral y buenas costumbres, no es admisible supeditar la adquisición de un derecho a ejecución de un hecho inmoral. (RIVERA ORÉ, 2005)

Se puede concluir que las condiciones imposibles, son aquellas que no se pueden verificar por causas físicas o jurídicas, es decir, que son imposibles de cumplir.

Condiciones potestativas, casuales y mixtas.(VIDAL RAMIREZ, 2000)

La condición potestativa es aquella que depende de la voluntad de una de las partes. En relación a la condición potestativa, el Código Civil ha consignado en el artículo 172° una norma según la cual “es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor”.

La condición potestativa dependiente de la voluntad del acreedor no presenta los problemas que la anterior y el Código Civil, la considera plenamente válida.

La condición causal, está determinada por un hecho cuya realización es independiente de la voluntad de los sujetos comprometidos por su manifestación de voluntad, sea porque depende del azar o del hecho de un tercero.

La condición mixta, está determinada por un hecho cuya realización depende en parte de la voluntad de uno de los interesados y en parte al azar o del hecho de un tercero.

La Condición en el Código Civil (TORRES VASQUEZ, 2012)

El artículo 171°, del Código Civil Peruano, señala que: *“La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto. La condición resolutoria ilícita y la física y jurídicamente imposible se consideran no puestas”*.

Del artículo antes citado, según Aníbal Torres Vásquez, se puede señalar lo siguiente: La condición es suspensiva cuando la eficacia del acto jurídico depende del acaecimiento (o falta de acaecimiento) del evento puesto como condición (te dono mi biblioteca si te recibes de abogado; te presto cien soles si no llueve la próxima temporada). La condición es resolutoria cuando el acto apenas celebrado produce sus efectos, pero deja de producirlos si se cumple el evento puesto como condición (te vendo mi automóvil, pero la venta quedará resuelta si se aprueba la anunciada ley que prohíbe la importación de automóviles). La condición lícita consiste en un evento que no contraría el ordenamiento jurídico (ejemplo, te vendo mi casa si logras que el banco te preste el dinero). La condición ilícita es contraria al ordenamiento jurídico, esto es, contraviene normas imperativas, el orden público o a las buenas costumbres. Así, establecer un beneficio en favor de un casado con la condición de que contraiga nuevo matrimonio. Esta condición es ilícita por contravenir el inciso 1° del artículo 241°, del Código Civil Peruano, que prohíbe el matrimonio de los casados. Por ejemplo, la condición impuesta al donatario de no emplear la cantidad que se le dona en hacer tratar médicamente a su padre que se encuentra enfermo, es ilícita por ser contraria a las buenas costumbres, pues, induce al hijo ingrato a faltar a sus deberes primarios básicos. Atentan contra las buenas costumbres, las condiciones que inducen a la realización de acciones inmorales; la autonomía de la voluntad debe ejercerse respetando los mínimos éticos aceptados en una sociedad. La condición impuesta a la donataria para que previa inseminación artificial alumbrase un ser humano de sexo masculino, contradice los principios éticos que integran el concepto de la dignidad humana, que no permite hacer todo lo que técnicamente es posible. Contradicen el orden público, por lesionar libertades irrenunciables del ser humano, las condiciones consistentes en que una persona abraza una determinada confesión religiosa, o que contraiga matrimonio con determinada persona, o de habitar siempre en un lugar determinado. No se puede enajenar la libertad, por cuanto ésta está fuera del comercio.

El artículo 171°, del Código Civil Peruano, al igual que un sector de la doctrina y de la legislación comparada, distingue entre ilicitud (por ejemplo, matar a una persona) e imposibilidad jurídica (ejemplo, vender una vía pública). Para nuestro ordenamiento civil, tanto la ilicitud como la imposibilidad de la condición suspensiva invalidan el acto (artículo 171°, párrafo 1°). Si la condición ilícita o imposible se refiere a una disposición o más disposiciones, la invalidez de éstas no perjudica a las otras, siempre que sean separables (artículo 224°, párrafo 1°). Si la condición ilícita o imposible se refiere a una disposición accesorio, la invalidez de ésta no afecta a la disposición principal (artículo 224°, párrafo 3°). En cambio, el suceso ilícito o imposible contemplado como condición resolutoria se considera como no puesto (artículo 171°, párrafo 2°). La condición ilícita o imposible puesta a una estipulación singular del acto no puede afectar las

otras estipulaciones siempre que sean separables, o cuando las cláusulas nulas son accesorias, o son sustituidas por normas imperativas.

El artículo 172°, del Código Civil Peruano, señala que: *“Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor”*.

Si la verificación del evento depende de la voluntad de uno de los sujetos del acto jurídico, la condición es potestativa.

Será potestativa, cuando el acontecimiento del suceso dependa de la voluntad de una de las partes intervinientes en el acto jurídico, o del arbitrio del obligado; casual, cuando la producción del suceso es extraña a ellos o dependa de un tercero; y mixta, cuando el hecho depende, en parte de la voluntad de uno de los participantes del acto, y en parte a una circunstancia ajena a su voluntad o de un tercero.

El Artículo 173°, del Código Civil Peruano, prescribe que: *“Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios. El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios. El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria”*.

Hay pendencia de la condición (conditiopendet), mientras el evento no se ha verificado, pero puede verificarse todavía. Mientras que la condición está pendiente los efectos del acto no nacen todavía. Pendiente la condición suspensiva el acto jurídico no produce los efectos típicos que le son propios. Pero produce otros efectos previos, o anticipados, o instrumentales respecto a los efectos típicos, en cuanto tendientes a asegurar que si la condición se cumple tales efectos típicos se producirán, evitando que se frustren.

Si la condición es suspensiva se crea para el adquirente eventual una expectativa de adquisición, y si es resolutoria también se crea para el transferente una expectativa de poder readquirir el derecho transferido. El acreedor tiene una expectativa de adquisición, si la condición es suspensiva, o de readquisición, si es resolutoria. En ambos casos, el acreedor es titular de un derecho futuro eventual, contingente o expectatio. Así, por ejemplo, el comprador bajo condición suspensiva, tiene la expectativa de adquirir definitivamente la propiedad del bien. Por el contrario, quien enajenó bajo condición resolutoria, tiene la expectativa de readquisición de lo enajenado. El titular de la expectativa no siendo aún titular del derecho al cual tiende aquélla, no puede ejercerlo, razón por la que el deudor subconditione tiene derecho a repetir lo pagado antes que se verifique la condición. Con el cumplimiento de la condición automáticamente cesa el estado de pendencia y el acto se vuelve ipso iure puro y eficaz.

El Artículo 174°, del Código Civil Peruano, dispone que: *“El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible. Cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario”*.

El hecho en el cual consta la condición puede ser simple y único, con lo cual, una vez que acontece, la condición se tendrá por verificada. Por supuesto, nada impide que la condición conste de una serie de sucesos o hechos más o menos complejos, que deben suceder conjuntamente. Por ejemplo: Adrian se compromete a donarle a German una biblioteca con cien volúmenes, si se titula de abogado, obtiene una beca para estudiar doctorado en España, se gradúa con los máximos honores y no se casa en los próximos cinco años. En este ejemplo de condición suspensiva, han de cumplirse todos los supuestos para que la condición surta efectos, o sea que tenga derecho a exigirse la entrega de los cien volúmenes que forman la biblioteca prometida.

El Artículo 175°, del Código Civil Peruano, regula que: *“Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse”*.

El código regula el cumplimiento de la condición negativa, pero omite referirse al cumplimiento de la condición positiva. Se dice que la condición se cumple cuando el evento previsto como condición se verifica plenamente, y que falta la condición (o que la condición no se cumple) cuando ese evento no se verifica. El cumplimiento o incumplimiento de la condición puede ser real (de hecho) o ficto. La condición positiva se cumple cuando se realiza íntegramente el suceso puesto como condición; y la negativa se cumple cuando no se realiza el evento puesto como condición.

El Artículo 176°, del Código Civil Peruano, establece que: *“Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida. Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento”*.

Ni el deudor puede impedir ni el acreedor puede provocar de mala fe (esto es dolosa o culposa) la verificación de la condición, porque en caso contrario estarían incumpliendo con la obligación que han asumido el uno frente al otro, hecho que la ley sanciona considerando, según el caso, cumplida o no cumplida la condición. Si el obligado impide de mala fe la realización de la condición, se considera cumplida. La norma establece que si el deudor de mala fe impide el cumplimiento de la condición, ésta se considera cumplida. Por el contrario, si el acreedor provoca de mala fe el cumplimiento de la condición, se tendrá por no realizada.

El Artículo 177°, del Código Civil Peruano, señala que: *“La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario”*.

La irretroactividad de la condición tiene su origen en el Derecho romano clásico. Los efectos de la condición se producen a partir del momento en que se cumple la condición. Por ejemplo, el legado per vindicationem, con el cual se atribuía al legatario la propiedad de la cosa, bajo condición suspensiva, produce tal efecto sólo a partir del momento en que se realiza la condición; en la compraventa con condición suspensiva, la eficacia de la posesión que el comprador ha obtenido durante la pendencia no se retrotrae al tiempo del contrato, sino que discurre desde el cumplimiento de la condición. La condición opera retroactivamente cuando se ha pactado los efectos del acto, si la condición es suspensiva, se consideran producidos ex tunc, desde el momento en que se celebró el acto; si es resolutoria, cuando se ha convenido que los efectos caen ex tunc, como si jamás se hubiesen producido, siempre que la naturaleza de la obligación lo permita. Hay casos en los cuales la retroactividad de la condición resolutoria no es posible porque la naturaleza de la obligación no lo permite, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento bajo condición resolutoria, que no será posible que una vez verificada la condición, las partes se pueden restituir las prestaciones ya ejecutadas (no es posible que el arrendatario devuelva el uso del bien por el tiempo que lo poseyó, por lo que el arrendador tampoco está obligado a devolver la renta que se pagó por ese tiempo).

B.2 El Plazo

B.2.1 Concepto

Acontecimiento futuro y cierto cuya llegada retrasa la exigibilidad de un derecho o entraña su extinción, entendiendo por acontecimiento futuro y cierto aquel que se producirá con seguridad en el porvenir, aquel cuya realización futura es cierta. (VIDAL RAMÍREZ, 2000)

Existirá plazo cuando se suspenda la exigibilidad o extinción de un derecho al acaecer de un acontecimiento futuro y cierto. (RIVERA ORÉ, 2005)

El plazo es el lapso desde el cual comienza la existencia o el ejercicio de las consecuencias del acto y hasta el cual duran esas consecuencias. Al día en que comienza el plazo se le denomina *diez a quo*, y al día en que termina se le llama *diez ad quem*. El plazo transcurre entre un término inicial y término final. El término es el momento o fecha en que comienzan o concluyen los efectos del acto. El plazo es el lapso, y el término el momento inicial y el momento final de ese espacio de

tiempo. Sin embargo, en la doctrina predominante, las palabras plazo y término se usan como sinónimas. (TORRES VASQUEZ, 2012)

B.2.2 Clases de plazo

Suspensivo y resolutorio

El plazo suspensivo existe cuando se difiere la exigibilidad de un derecho por un lapso, determinado o indeterminado. Plazo resolutorio o extintivo, denominado también plazo final o de caducidad, porque a su vencimiento o cumplimiento pone fin a la existencia del derecho. (RIVERA ORÉ, 2005)

Es suspensivo cuando debe cumplirse para que el acto comience a surtir efectos y, por eso, también se llama plazo inicial. El plazo es resolutorio, cuando los efectos del acto jurídico se producen inmediatamente después de su celebración, pero cesan a partir de su vencimiento y, por eso, se le llama también plazo extintivo o final. (TORRES VASQUEZ, 2012)

El código civil en el artículo 178° hace referencia tanto al plazo suspensivo como al resolutorio, estableciendo que: “Cuando el plazo es suspensivo el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente”; y que “Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento”. (TORRES VASQUEZ, 2012)

Plazo de eficacia y plazo de ejercicio

El plazo inicial o suspensivo se subdivide en plazo de eficacia y plazo de ejercicio.

El plazo es de *eficacia* cuando se refiere al momento en que comienza la producción de los efectos del acto jurídico. Por ejemplo: te cedo el uso de mi departamento por dos años, sin que me pagues por los seis primeros meses, pero a partir del séptimo mes pagarás S/. 500.00 mensuales). Se difiere el nacimiento de los efectos del acto (de todos o de algunos de esos efectos).

El plazo es de *ejercicio* cuando atañe el ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones que constituyen los efectos del acto, por ejemplo, la compraventa de un bien en la que se acuerda que el precio se pague después de seis meses de celebrado el contrato; el comprador es deudor del precio desde que se celebra la compraventa, pero el pago del precio no es exigible hasta que llegue el vencimiento del plazo. Por el plazo de ejecución se difiere el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones ya existentes. (TORRES VASQUEZ, 2012).

Plazo accidental y plazo esencial

El plazo *accidental* es el estipulado por las partes en un acto que por sí no requiere estar sometido a término alguno. Así, por ejemplo, es accidental el término puesto para el pago del precio en una compraventa, porque la compraventa puede celebrarse sin otorgarse plazo alguno para el pago del precio, por tratarse de un acto de ejecución instantánea.

El plazo es *esencial* cuando el acto por su propia naturaleza requiere de un tiempo limitado en que falten o durante el que se produzcan sus efectos. (TORRES VASQUEZ, 2012)

Plazos voluntarios, legales y judiciales

El plazo puede ser voluntario, legal o judicial, según que se establezca por voluntad del agente, por disposición de la ley o por resolución judicial. (TORRES VASQUEZ, 2012)

Plazo expreso y plazo tácito

El plazo es expreso cuando las partes mediante una estipulación señalan un plazo difiriendo o limitando los efectos del acto.

Es tácito cuando en el acto no se ha señalado un plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se deduce con toda certidumbre que las partes no quieren que los efectos se produzcan o se ejerzan sino desde o hasta un determinado momento. (TORRES VASQUEZ, 2012)

Plazo determinado y plazo indeterminado

El plazo es determinado cuando se ha previsto el evento futuro y cierto que indicará la llegada del momento en que el acto cesará de producir efectos; se conoce la fecha de vencimiento del plazo por haberse establecido con toda precisión cuándo se inicia y cuándo termina la eficacia del acto.

En cambio, el plazo es indeterminado cuando no se ha estipulado la fecha de su vencimiento. (TORRES VASQUEZ, 2012)

Plazo cierto y plazo incierto

El plazo determinado se subdivide, a su vez, en cierto e incierto.

Es *cierto* cuando se sabe con precisión la fecha en que debe ocurrir el vencimiento del plazo, *diez certusan et quando* (día cierto que ocurrirá y cuándo ocurrirá), por ejemplo, la obligación de pagar una cantidad de dinero el día 28 de noviembre próximo.

El plazo es *incierto* cuando no se sabe en qué momento ocurrirá el acontecimiento previsto como límite final. Aquí se habla de *diez certusan incertus quando*.

Es cierto que el evento puesto como plazo ocurrirá, pero es incierto el momento en que tendrá lugar, por ejemplo, el día en que muera Mario. (TORRES VASQUEZ, 2012)

Plazo potestativo

El plazo es potestativo cuando su determinación ha quedado a la sola voluntad del deudor (plazo meramente potestativo) a un comportamiento voluntario en el cual el sujeto tenga un cierto interés (plazo potestativo propio). Si el deudor no fija el plazo, lo determinará el juez. (TORRES VASQUEZ, 2012).

B.2.3 El plazo en el Código Civil (TORRES VASQUEZ, 2012)

El artículo 178° del Código Civil Peruano, señala que: “*Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento. Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho*”.

En el acto jurídico a plazo hay la seguridad absoluta de que ese evento futuro llegará necesariamente. Puede ser que se tenga la seguridad que el acontecimiento ocurrirá, pero sin saberse en qué momento tendrá lugar el mismo, es cierto el sí, pero es incierto el cuándo (ejemplo, la muerte de una persona), en este caso el acto no es condicional sino a plazo. La condición denota un evento futuro e incierto y el plazo un momento futuro, pero cierto.

Hay plazo si el momento está indicado *diez certusan et quando*, esto es, se sabe de ante mano el momento mismo del cumplimiento por haberse señalado el plazo mediante la designación directa o indirecta de un día en el calendario, por ejemplo, el 6 de junio, la próxima navidad (plazo cierto) o *diez certusan et incertus quando*, se sabe de antemano que el plazo de todas maneras se cumplirá, aunque no se sabe el momento preciso, por ejemplo, a la muerte de Pedro (plazo incierto). El plazo como modalidad es el evento futuro y cierto de cuyo acaecimiento se hace depender el nacimiento, la exigibilidad o la finalización de los efectos del acto jurídico.

Cuando **el plazo es suspensivo**, el acto jurídico celebrado, carece de eficacia o siendo eficaz se limita en un tiempo el ejercicio de todos o algunos de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones ya producidos. Por ejemplo se celebra un contrato de arrendamiento el seis de junio

precisando que el contrato tendrá efectos a partir del quince de julio; o cuando se celebra un contrato de compra venta el cinco de enero conviniéndose que el precio se pagara el 10 de marzo. En el primer caso, el contrato de arrendamiento es perfecto (existe) desde el seis de junio, pero su eficacia se retarda hasta el quince de julio, antes de esa fecha todavía no existe la obligación de entregar el bien ni la de pagar la merced conductiva. En el segundo caso, la compraventa es perfecta y demás, eficaz desde el cinco de enero en que se celebró, si no hubiera pacto en contrario, ese mismo día el vendedor debió entregar el bien y el comprador debió pagar el precio, pero se ha pactado aplazando el pago del precio hasta el diez de marzo. En este caso el comprador es deudor del precio desde la celebración del contrato, pero el pago no se podrá serle exigido hasta que el plazo llegue. **El plazo es el final o resolutorio**, el acto jurídico que ya se celebró y es eficaz, cesa de tener efectos a su vencimiento, o sea que con el plazo resolutorio se limita en el tiempo la eficacia del acto jurídico. Por ejemplo, si se celebra un contrato de arrendamiento por dos meses, el contrato dejará de tener eficacia al vencimiento del segundo mes desde su celebración.

El artículo 179° del Código Civil Peruano, determina que: *“El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos”*.

En cuanto al beneficio de plazo suspensivo, el Código Civil conserva el sistema del Derecho Romano, que consagra en este punto el favor debitoris, presumiendo que el plazo se ha concedido en beneficio de éste, salvo que se pruebe haber sido establecido en beneficio del acreedor o de ambos. Si el plazo es en beneficio del deudo, este puede pagar antes del cumplimiento del plazo. Pero el acreedor no puede exigirlo sino al vencimiento.

El artículo 180° del Código Civil Peruano señala que: *“El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición”*.

El deudor a plazo que paga antes de que éste se cumpla no tiene derecho a repetir lo pagado, porque hay la seguridad de que al vencimiento del plazo la obligación surgirá necesariamente, si el plazo es de eficacia o la obligación ya está constituida ab initio, si el plazo es de ejercicio. El pago efectuado antes del vencimiento del plazo es irrevocable.

El artículo 181° del Código Civil Peruano, establece que: *“El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:*

- 1.- *Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.
Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación.*
- 2.- *Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.*
- 3.- *Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.*

La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito.

El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación antes de que expire el plazo, salvo que éste se haya establecido en su favor, o salvo que hayan sucedido hechos que determinan la caducidad del plazo. Esto último ocurre cuando el deudor pierde o disminuye considerablemente su patrimonio, que es el que respalda el crédito, de tal modo que ya no hay la seguridad que cumplirá con su prestación, razón por la que el artículo 181° del C.C.P, sale en defensa del derecho del acreedor declarando la caducidad del plazo a fin de que pueda exigir la efectividad de su crédito, sin esperar que el plazo esté vencido.

El artículo 182° del Código Civil Peruano, señala que: *“Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren. La demanda se tramita como proceso sumarísimo”*.

Este artículo regula la fijación judicial del plazo cuya determinación ha quedado a voluntad del deudor, pero no dice nada cuando la determinación del plazo ha quedado a voluntad del acreedor y éste no lo señala, caso, éste último, que se resolverá aplicando por analogía el artículo 182° del C.C.P, es decir, si el acreedor no señala la duración del plazo, ésta será fijada por el juez a instancia del deudor que quiere liberarse.

Por otro lado, el artículo 183° del Código Civil Peruano dispone que, *el plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:*

1. *El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.*
2. *El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.*
3. *El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.*
4. *El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.*
5. *El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.*

El computo por días. El plazo señalado por días está normado por los incisos 1°, 4° y 5° del artículo antes citado.

El inciso 1° del artículo 183, del C.C.P, dispone: *El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.*

El inciso 4° del artículo 183° del C.C.P establece: *El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.*

El inciso 5° del artículo 183° del C.C.P, establece: *El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.*

El computo por meses. El inciso 2° del artículo 183 del C.C.P dispone: *El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.*

Esto quiere decir que el plazo por meses se computa de fecha a fecha, o sea, corre desde el día del mes inicial y termina en ese mismo día del mes del vencimiento y si en el mes del vencimiento falta ese día, el plazo se cumple en el último día de dicho mes.

El computo por años. El inciso 3° del artículo 183° del C.C.P prescribe que el plazo por años se rige por las reglas que establece el inciso 2, es decir, que el plazo se computa de fecha a fecha.

El artículo 184° del Código Civil Peruano, señala que: *Las reglas del artículo 183° son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente.*

A falta de convenio o disposición legal en contrario, las reglas sobre el cómputo del plazo contenidas en el artículo 183°, del C.C.P son de aplicación a todo tipo de plazo sea legal, judicial o convencional.

B.3 El modo o cargo.

B.3.1 Concepto

Es una obligación accesoria y excepcional que se impone al que adquiere un derecho. El cargo es una obligación que grava a una de las partes interesadas y puede ser exigido su cumplimiento en forma coercitiva.

Restricción a la ventaja económica que obtiene la parte beneficiada con un acto de disposición a título gratuito, determinando esta restricción una obligación modal que es un deber jurídico pero que no constituye una contraprestación sino un elemento accidental al acto jurídico así celebrado.(RIVERA ORÉ, 2005)

B.3.2 Caracteres

- Solo puede anexarse a los actos de disposición a título gratuito.
- Debe consistir en un hecho lícito y posible.
- Debe ser expresamente establecido.

B.3.3 El Modo o Cargo en el Código Civil Peruano.(TORRES VASQUEZ, 2012)

El artículo 185°, del Código Civil Peruano, prescribe que: *“El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna”*.

El modo, consiste en una obligación accesoria impuesta al beneficiario de una liberalidad por el disponente de ésta (por ejemplo, se dona un predio, imponiendo al donatario la carga de pagar una pequeña pensión a favor de una persona del afecto del donante). Los sujetos vinculados al acto modal son el disponente de la liberalidad, o sea el que hace la liberalidad (donante, testador). El beneficiario del cargo que puede ser el propio disponente de la liberalidad o un tercero determinado o determinable o también puede ser el beneficiario de la liberalidad (ejemplo, la donación hecha con el fin de que el donatario se costee sus estudios profesionales).

El artículo 186°, del Código Civil Peruano, establece que: *“Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, éste debe cumplirse en el que el juez señale. La demanda se tramita como proceso sumarísimo”*.

El cargo será ejecutado en el plazo señalado por el imponente; a falta de este plazo, si el acreedor y deudor no se ponen de acuerdo, el cargo se cumplirá en el plazo que señale el juez en un proceso sumarísimo, atendiendo a las circunstancias del caso (ejemplo, la facilidad o dificultad para realizarlo).

El artículo 187°, del Código Civil Peruano, señala que: *“El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad”*.

Puede suceder que la limitación modal impuesta sea excesiva al extremo que reabsorba enteramente el beneficio patrimonial atribuido, o incluso superarlo, de manera que el destinatario de la liberalidad para poder ejecutar el modo tuviera que utilizar no solamente lo recibido sino también lo suyo propio, pero esto no implica que el beneficiario de la liberalidad esté obligado a ejecutar el cargo en lo que excede el valor de la liberalidad; en la parte que el cargo excede a la liberalidad deja de ser una obligación jurídica, para devenir en una obligación puramente moral (obligación natural) que si el deudor quiere la cumple sino no.

El artículo 188°, del Código Civil Peruano, regula que: *“La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona. En este caso,*

si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos”.

La obligación de cumplir el cargo, como toda obligación, se transmite a los herederos, excepto cuando se trata de una obligación inherente a la persona del deudor (intuito personae), lo prohíbe la ley, o se ha pactado lo contrario. Si el beneficiario de la liberalidad fallece antes de haber cumplido el cargo, sus herederos deben satisfacer la obligación sin ella no es inherente a la persona. Si el cargo consiste en una obligación intuito personae y el beneficiario muere sin cumplirla, los bienes objeto de la liberalidad revierten al imponente del cargo o a sus herederos. Por ejemplo, se dona un bien a un abogado con el cargo de que el personalmente defienda al donante en un proceso judicial; el abogado muere sin haber cumplido el encargo; sus herederos deben devolver al donante o a sus herederos el bien materia de donación.

El artículo 189°, del Código Civil Peruano, establece que: *“Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno”.*

La relación entre la liberalidad y el modo es de subordinación: el modo es accesorio respecto de la liberalidad. Aquí es de aplicación el principio que dice que lo accesorio sigue la suerte del principal, pero no al contrario, por lo que, si la estipulación que contiene el cargo o modo se invalida, esto no afecta para nada al acto jurídico que permanece como un acto puro.

No se puede poner cargos ilícitos o imposibles, pero su presencia no invalida el acto, sino que se los tiene por no puestos, subsistiendo el acto jurídico sin cargo alguno. Por ejemplo, que un padre establezca en su testamento que su hija aborte, que tenga sólo un hijo, o que la obligue a casarse para que pueda disponer de su herencia.

2.4.2 Derecho de sucesiones

2.4.2.1 Definición

Los bienes, y muchas relaciones jurídicas, trascienden a la vida de las personas, lo que supone que no desaparecen cuando muere un individuo. Y pocos hechos hay en este mundo tan seguros y certeros como la muerte, aunque suele desconocerse su fecha exacta, por lo que, siendo el Derecho una formidable herramienta creada por el hombre para evitar conflictos, facilitar y mejorar la convivencia, corresponde a éste determinar el preciso destino y la titularidad subjetiva de aquellos bienes y relaciones.

La cuestión ha sido resuelta, desde antiguo, en las naciones de nuestro entorno cultural a través de la figura jurídica de la “sucesión” mortis causa, según la cual, una persona se coloca en lugar de otra respecto de sus relaciones y titularidades tras el fallecimiento de la segunda. (ACEDO PENCO, 2014)

El derecho de sucesiones es el conjunto de normas que regulan la transmisión de esas relaciones jurídicas de la persona que fallece hacia sus sucesores. Evidentemente, no todas las relaciones jurídicas se transmiten, sólo las que tienen contenido patrimonial, como los bienes, derechos y obligaciones.

En el Perú, de acuerdo al Artículo 2, literal 16 de la Constitución, la herencia es un derecho para el causante (quien fallece) y para el heredero (el sucesor). El causante es quien con su muerte apertura la sucesión y solo puede ser una persona natural. El sucesor es quien toma la posición jurídica que fue del causante, es decir que asume sus relaciones jurídicas, tanto los activos como los pasivos.

Ante esto, podemos distinguir tres elementos:

- El causante, quien es el propietario del patrimonio que se pretende transmitir. También conocido como *cujus*.
- Los sucesores, son a quienes se les transmite el patrimonio. Estos pueden ser herederos o legatarios.
- La herencia, que es el patrimonio dejado, objeto de la transmisión.

La sucesión se encuentra regulada a lo largo del libro IV del Código Civil, sin embargo, no nos brinda una definición o concepto de sucesión, siendo que quien ha desarrollado ello ha sido básicamente la doctrina.(ABOGADOS DE HERENCIA, 2015)

2.4.2.2 Fundamento

En la inmensa mayoría de los países se reconoce a los ciudadanos el derecho a la sucesión por causa de muerte, incluso en aquellos donde existen fuertes restricciones a la titularidad de la propiedad privada de los bienes, pues siempre algunos tienen carácter personal y han de ser transmitidos a los parientes, si los hay, tras el fallecimiento de una persona.

Antes que nada, corresponde aclarar que el derecho de propiedad representa el presupuesto del derecho de sucesiones. Aún más, para que exista un derecho de sucesiones en el sentido que venimos exponiendo tiene que existir la propiedad privada (no pública), individual (no familiar). Es por ello que no es concebible el derecho de sucesiones en un ordenamiento que no reconozca la propiedad individual, o en el cual sólo se reconozca la propiedad del grupo familiar o tribal.

Por esta simple consideración, quienes niegan la propiedad individual combaten el derecho de sucesiones, pues éste no se puede concebir sin aquella.(PEREZ LASALA)

2.4.2.3 El Derecho de sucesiones

La doctrina ha definido el Derecho de Sucesiones, Derecho sucesorio o Derecho hereditario, como aquella “parte del Derecho privado constituida por el conjunto de normas que regulan el destino de las relaciones jurídicas de una persona cuando muere, y de las que con este motivo se producen”.

El Derecho sucesorio tiene como función principal fijar qué sujetos van a proseguir con las situaciones jurídicas existentes tras el fallecimiento de una persona física ya que, al extinguirse la personalidad civil con la muerte, y los efectos que de ella se derivan, aquéllas quedan sin titularidad alguna.

Pero esta parte del derecho civil no solo comprende la sustitución de un sujeto, el que fallece; por otro, quien hereda, en sus relaciones jurídicas, sino que también se ocupa de otros muchos fenómenos diferentes de la mera sustitución en la titularidad de sus relaciones jurídicas ya que la sucesión hereditaria también puede originar otras nuevas relaciones.

Sobre su cohesión, se ha escrito que quizá sea el Derecho de sucesiones “la parte del Derecho civil que pose mayor unidad: las normas que lo regulan proveen a las consecuencias de un único hecho, la muerte de una persona, y se agrupan en torno al fenómeno central de la herencia”. (ACEDO PENCO, 2014).

2.4.3 El testamento

2.4.3.1 Concepto

Es el acto jurídico personalísimo, voluntario y libre mediante el cual el causante expresa sus disposiciones de última voluntad. En el artículo 686°, del Código Civil Peruano se establece que: *“Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes total o parcialmente, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala”*.

Acto jurídico, cuyo contenido está determinado por una declaración de voluntad destinada a crear los efectos y relaciones jurídicas previstas por el testador, la que es dada a conocer después de su fallecimiento. (VIDAL RAMIREZ, 2000)

Acto jurídico por cuya virtud una persona establece en favor de otra u otras, para después de su muerte, el destino de todo o parte de su patrimonio o la ordenación de otros asuntos de carácter no patrimonial. (RIVERA ORÉ, 2005)

De lo antes citado se puede concluir que el testamento es un acto jurídico, mediante el cual el causante declara su última voluntad y hace un llamamiento a los herederos, para así poder disponer de sus bienes, sin embargo, esta disposición será total o parcialmente de acuerdo a la potestad del testador, pero dentro de los límites que otorga la ley.

2.4.3.2 Características

Es personalísimo.

Solo el testador puede manifestar su voluntad para ordenar su sucesión, no cabe que esta facultad se delegue. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Debe ser otorgado personalmente por el testador, única y exclusivamente por él, sin la intervención de terceras personas; esto significa que no se puede otorgar testamento por poder. (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2012)

Aguilar Llanos Benjamín señala que, en el caso peruano, esta característica aparece con nitidez, no solo en el artículo 690°, del C.C.P, el cual expresa claramente que las disposiciones deben ser directa expresión de la voluntad del testador, sino también en el artículo 696° y en los artículos 699°, inciso 2 y 707° del C.C.P. Por lo tanto, se prohíbe dar libertad a otro para testar en nombre del testador, y dejar disposiciones al arbitrio de un tercero.

Es unilateral

Ferrero, en su “Tratado de derecho de Sucesiones”, menciona que el testamento es un acto y no un contrato, porque consiste en la manifestación de una sola voluntad que es la del testador.

En el derecho no se admite la bilateralidad del testamento, es decir, que no se puede otorgar testamento por medio de un contrato.

El artículo 1405° del Código Civil señala que es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora.

Es solemne

El testamento es un acto *Ad solemnitatem*. Se refiere, pues, a requisitos que necesariamente deben cumplirse. Cuando no se ha dado cabal cumplimiento a éstos, estamos ante una nulidad absoluta prevista en el Libro del Acto Jurídico.

Augusto Ferrero, también señala que lo característico en el testamento es que la solemnidad, entendida como el cumplimiento de ciertos requisitos, es exigible siempre.

Es expresión de última voluntad.

Se pretende que el testamento efectivamente sea expresión auténtica, libre y última del testador, como una materialización de su fuero interno, en donde seguro con soporte anímico y afectivo, manifiesta su deseo en torno a consideraciones de orden patrimonial, pero también puede hacerlo con respecto a relaciones de orden extra patrimonial. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Es revocable.

La revocabilidad es consustancial al testamento. En efecto, tal como aparece en el artículo 798, complementado por los que le siguen, el testador tiene el derecho de revocar en cualquier tiempo sus disposiciones testamentarias.

Es un acto jurídico.

El testamento no es un contrato, en tanto que no requiere para su otorgamiento del acuerdo de voluntades entre el testador y el sucesor, como tampoco será necesario para su validez que exista tal acuerdo. (AGUILAR LLANOS, 2014)

2.4.3.3 Clases de testamentos

A. Testamentos ordinarios

A.1 Testamento en Escritura Pública

A.1.1 Concepto

Es el que otorga personalmente el testador en presencia de dos testigos, ante un notario que lo escribe en su registro. Para el conocimiento de este instituto, así como para el impedimento del notario y testigos testamentarios.

Procede del testamento nuncupativo del derecho justiniano, testamento llamado autentico, público y abierto. Nuncupativo porque alude a una declaración oral, a viva voz. (AGUILAR LLANOS, 2014)

A.1.2 Formalidades

Para que este documento sea válido debe cumplir con lo que establece el Código Civil Peruano, en el artículo 696° “Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles.
2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.
3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.
4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.
6. Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete. (Según Numeral modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973).
7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salvo cualquier error en que se hubiera incurrido.
8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.”

Ahora bien, el vigente Código Civil, al recoger una práctica frecuente en nuestras notarías, admite que la voluntad testamentaria esté contenida en un documento, el cual se entrega al notario,

debiendo precisar que no se trata de una minuta, sino solo una suerte de ayuda memoria del testador, a la par de que no se violenta el carácter oral de la lectura del testamento, ni se perjudica el conocimiento que los testigos deben tener del testamento, pues el notario está obligado a consignar cada una de las cláusulas, a dar lectura en voz alta y preguntar al testador su conformidad con lo que se está leyendo. (AGUILAR LLANOS, 2014)

El artículo 697° del Código Civil, regula que, si el testador es analfabeto, deberá leerse el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia visual, el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leerlo el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario.

Por otro lado, según el artículo 698° del mismo código señala que si se suspende la facción del testamento por cualquier causa, se hará constar esta circunstancia, firmando el testador, si puede hacerlo, los testigos y el notario. Para continuar el testamento deberán estar reunidos nuevamente el testador, el mismo notario y los testigos, si pueden ser habidos, u otros en caso distinto.

A.2 Testamento Cerrado.

A.2.1 Concepto

Es el que otorga el testador en una hoja de papel que firma y guarda en un sobre que cierra en privado, dejando constancia en diligencia posterior, ante notario y dos testigos, de que tiene su última voluntad. Se llama místico en Francia y secreto en Italia.

Es aquel que el testador otorga redactándolo personalmente y depositándolo dentro de un sobre o cubierta (sobre cerrado) que será firmada en la parte exterior y entregado a un notario para la transcripción del acta de la cubierta en su registro de escrituras públicas debiendo el testamento quedar en poder del notario. (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2012)

A.2.2 Formalidades

Para que este documento sea válido debe cumplir con lo establecido en el Código Civil Peruano, artículo 699°; Las formalidades esenciales del testamento cerrado son:

1. Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.
2. Tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo.
3. Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta.
4. Que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas.
5. Que el cumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quien dará al testador copia certificada del acta.

AGUILAR LLANOS, Benjamín, en su libro “Manuel de Derecho de Sucesiones” desarrolla lo siguiente:

Pliego interior. El inciso primero de este artículo, nos trae en su primer párrafo lo concerniente al documento en el que se consigna la voluntad testamentaria, y que puede ser cualquier clase de papel, señalándose que la redacción puede realizarse utilizando cualquier tipo de máquina, e incluso manuscrito, pero se exige que cada página esté firmada, salvo si se trata del manuscrito, en el que la exigencia solo está referida al final del documento. Puede ser escrito de cualquier idioma, no exigiéndose la fecha, sin embargo, este requisito se supera cuando el notario levanta el acta sobre la cubierta del sobre.

Sobre. El artículo 699° del Código Civil describe pormenorizadamente la forma como debe ser redactado el testamento, pero igualmente se pronuncia por el pliego testamentario, y cómo este pliego deberá ser introducido en un sobre o cubierta, en el que se introduce el pliego testamentario, y se procede a cerrarlo, cuidando de que efectivamente la cubierta clausurada esté cerrada herméticamente, para evitar que el pliego pueda ser extraído, a través de la rotura o alteración de la cubierta.

Presentación ante el notario. El testador, personalmente y acompañado de los testigos, se presentará ante el notario, a quien le entregará el sobre cerrado, indicándole que dentro de él se encuentra su testamento. El notario sobre la cubierta clausurada, levantará un acta en el que conste la manifestación del testador de que en dicho sobre se encuentra su testamento.

Al redactar el acta en la cubierta del sobre, dejará constancia de lo manifestado por el testador, pues no podrá certificar que dentro del sobre efectivamente se encuentra un testamento. El notario consignará los nombres del testador, de los testigos; luego todos los intervinientes procederán a firmar el acta la cual estará debidamente fechada. Una vez terminando el acto, deberá transcribirlo en su registro de testamentos y volver a firmar los intervinientes.

Unidad del acto. Se garantiza el principio a través de la reunión del testador, testigos y notario. Todos ellos presente; desde el inicio hasta el final del acto.

Se requiere que estén reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, con lo cual se garantiza la legitimidad del pliego interno que como sabemos contiene la voluntad del testador.

Conservación del testamento. Con la exigencia en el Código Civil vigente, de que el notario conserve el testamento con las seguridades del caso, hasta que luego de muerto el testador, el juez competente o el notario soliciten la presentación. En efecto, el artículo 700° del Código Civil señala que el testamento cerrado quedará en poder del notario.

Revocación del testamento cerrado. El mismo artículo 700° del Código Civil, señala que el notario que conserva el testamento, deberá restituirlo al testador ante una petición de él, la que debe de hacerse con las formalidades.

El artículo 802° del Código Civil establece: “El testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario”.

A.3 Testamento Ológrafo.

A.3.1 Concepto

Es el testamento que el testador escribe íntegramente de su puño y letra, fechándolo y firmándolo, sin intervención de testigos ni notario.

En general, el testamento ológrafo es redactado personal y directamente por el testador, a mano, es decir, de su puño y letra, fechado y firmado sin intervención de testigos ni de notario; por excepción y solo para el caso de discapacitados por deficiencia visual, se puede utilizar el sistema Braille. (AGUILAR LLANOS, 2014)

En esta clase de testamentos no interviene autoridad alguna, ni testigos; por ello, quizás es el testamento con menos seguridad para guardar la voluntad testamentaria.

A.3.2 Formalidades(AGUILAR LLANOS, 2014)

Para que este documento sea válido debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 707°, del Código Civil Peruano.

“Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699°. Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador”.

- **Escritura.** Significa que debe estar escrito y redactado por el mismo testador (manuscrito), formalidad que será comprobada a la muerte del testador por la vía del peritaje calígrafo. El testamento puede ser extendido en cualquier papel o superficie, pero su elaboración puede agotarse en un determinado o en varios momentos, cualquier enmienda o corrección es posible, y puede realizarse al margen o entre líneas. Las modificaciones realizadas luego de la conclusión del testamento, deben ser fechadas y firmadas el testador, puesto que equivaldrían a un nuevo testamento.

- **Fecha.** Según Echecopar el objeto de esta solemnidad es doble; por un lado, nos da un referente temporal sobre la capacidad o no del testador cuando lo otorgó; y por otro, nos permite establecer ante la eventualidad de la existencia de dos testamentos, cuál de ellos es el último. En cuanto a cómo debe consignarse la fecha, la jurisprudencia extranjera admite el uso de las letras o números.

- **Firma.** De preferencia debe consignarse al final del testamento, sin embargo, creernos que nada se opone a que aparezca en cualquier parte del texto, lo esencial es que quede clara la relación entre la firma y el texto. Debe utilizarse el nombre y el apellido que usa habitualmente el testador en los actos de su vida diaria. Por lo tanto, la suscripción vendría a ser una ratificación del testador a todo lo expresado en el pliego testamentario. Se señala que podría hacerse incluso utilizando seudónimos o con simples iniciales.

A.3.3 Efectos posteriores(O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2012)

La persona que conserve en su poder un testamento ológrafo está obligada a presentarlo al juez competente dentro de los treinta días de tener conocimiento de la muerte del testador, bajo responsabilidad por el perjuicio que ocasione con su dilación (artículo 708°).

Debe mencionarse que en varios casos en que se acreditó la existencia de un testamento, sin ser éste habido, la declaración de herederos hubo de seguirse en juicio ordinario.

De acuerdo al artículo 709°, presentado el testamento ológrafo con la copia certificada de la partida de defunción del testador o declaración judicial de muerte presunta, el juez con citación de los presuntos herederos, procederá a la apertura si estuviera cerrado, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de sus páginas y dispondrá lo necesario para la comprobación de la autenticidad de la letra y firma del testador mediante el cotejo, de conformidad con las disposiciones del Código Procesal Civil que fueran aplicables. El mismo artículo agrega que sólo en caso de faltar elementos para el cotejo, el juez puede disponer que la comprobación sea hecha por tres testigos que conozcan la letra y la firma del testador. Estas normas procesales en el Código Civil se debieron a que en el Código de Procedimientos Civiles no existían; pues, cuando este

último se promulgó, en 1912, estaba vigente el Código de 1852, que no legislaba el testamento ológrafo.

Una vez que ha sido comprobada la autenticidad del testamento y el cumplimiento de sus requisitos de forma, el juez mandará protocolizar el expediente (artículo 711°). El plazo para hacerla es de un año contado desde la muerte del testador.

La protocolización notarial confiere al testamento ológrafo la condición de instrumento público, adquiriendo el valor probatorio que como tal le corresponde, de acuerdo al Código Procesal Civil.

B.TESTAMENTOS ESPECIALES

B.1 Testamento Militar

B.1.1 Concepto

Este testamento no se concibe como un privilegio, sino como una manera de facilitar el otorgamiento de testamento a personas que se ven envueltas en conflictos armados.

El testamento militar es el acto jurídico que pueden otorgar determinadas personas en circunstancias especiales.

Reemplaza al testamento en escritura pública y al cerrado.

No así al ológrafo que, como se ha visto, se puede otorgar en cualquier ocasión. (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2012)

B.1.2 Formalidades

Según el Artículo 713 del Código Civil, el testamento militar puede ser otorgado ante un oficial, o ante el jefe del destacamento, puesto o comando al que pertenezca el testador, aunque dicho jefe no tenga la clase de oficial, o ante el médico o el capellán que lo asistan, si el testador está herido o enfermo, y en presencia de dos testigos.

Que conste por escrito y que sea firmado por el testador, por la persona ante la cual es otorgado y por los testigos.

B.1.3 Trámites a los que está sujeto el testamento militar

El artículo 714°, regula que el testamento militar se hará llegar, a la brevedad posible y por conducto regular, al respectivo Cuartel General, donde se dejará constancia de la clase militar o mando de la persona ante la cual ha sido otorgado. Luego será remitido al Ministerio al que corresponda, que lo enviará al juez de primera instancia de la capital de la provincia donde el testador tuvo su último domicilio.

B.1.4 Caducidad

El testamento militar caduca a los tres meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias. El plazo de caducidad se computa a partir de la fecha del documento oficial que autoriza el retorno del testador, sin perjuicio del término de la distancia.

En caso de encontrarse un testamento ológrafo en la situación de excepción del testamento militar, se le deberá dar el mismo trámite que al militar, con la excepción de que no habrá de dejarse constancia de la clase militar o mando de la persona, pues no se otorgó ante ella.

En este caso el testamento caducará al año de la muerte del testador, según ordena el

B.2 Testamento Marítimo

B.2.1 Concepto

Es aquel que puede ser otorgado por los navegantes durante la travesía acuática, y puede ser marítimo, fluvial o lacustre. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Es el que otorgan los jefes, oficiales, tripulantes y cualquier persona que se encuentre embarcada en una nave de guerra peruana durante la navegación acuática, ya sea por mar, río o lago. Este mismo testamento puede ser otorgado por cualquier persona que se encuentra a bordo de un barco mercante de bandera peruana, ya sea de travesía o de cabotaje o ya sea que esté dedicado a tareas industriales o para cumplir fines científicos.

B.2.2 Formalidades

Son formalidades de este testamento que conste por escrito y que sea firmado por el testador, por la persona ante la cual es otorgado y por los testigos (artículo 717°). Al igual que en el testamento militar, el Código no indica quién debe hacer la escritura, debiendo interpretarse que puede hacerla cualquiera, sin necesidad de que sea alguna de las personas citadas, las cuales sí están obligadas a firmar. El artículo agrega que se extenderá, además, un duplicado con las mismas firmas puestas en el original, y que el testamento se anotará en el diario de bitácora, de lo cual se dejará constancia en ambos ejemplares con el visto bueno de quien ejerce el mando de la nave, debiendo conservarse con los documentos de éste.

El testamento marítimo se otorga ante quien tenga el mando del buque o ante el oficial en quien éste delegue la función y en presencia de dos testigos. El testamento del comandante del buque de guerra o del capitán del barco mercante será otorgado ante quien le siga en el mando (artículo 717°, del Código Civil Peruano).

B.3 Testamento otorgado en el Extranjero

Según lo dispuesto en el artículo 721°, del C.C.P., los peruanos que residen o se hallen en el extranjero pueden otorgar testamento ante el agente consular del Perú, por escritura pública o Testamento cerrado, según lo dispuesto en los artículos 696° a 703 °, respectivamente. En estos casos aquél cumplirá la función de notario público.

Puede también otorgar testamento ológrafo, que será válido en el Perú, aunque la ley del respectivo país no admita esta clase de testamento.

Asimismo, son válidos en el Perú en cuanto a su forma, los testamentos otorgados en otro país por los peruanos o los extranjeros, ante los funcionarios autorizados para ello y según las formalidades establecidas por la ley del respectivo país, salvo los testamentos mancomunado y verbal y las modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana (art. 722°, del C.C.P.).

2.4.3.4 Las modalidades testamentarias

El Código Civil Peruano prescribe en el artículo 698°: “Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley”.

Tanto por su redacción como por su lugar de ubicación (Sucesión Testamentaria. Disposiciones Generales), de una primera y rápida lectura se podría inferir que todas las

disposiciones de los testamentos son susceptibles de ser modalizadas. Sin embargo, sería incorrecta semejante conclusión, ya que las disposiciones testamentarias sobre la legítima de los herederos forzosos no pueden ser modalizadas y toda estipulación que al efecto consigne el testador se tiene por no puesta. (LOHMANN LUCA DE TENA)

A diferencia de lo prescrito en nuestra legislación, en España por regla general, el testador hará la institución de una manera pura y simple, pero puede suceder también que la misma se halle afectada por las modalidades de condición, término y modo, que juegan un importante papel en las disposiciones de última voluntad.

El código español, después de decir que “las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición” establece en el art. 791° que “las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales” y análogas disposiciones contiene cerca de las demás modalidades. (PUIG PEÑA, 1976)

A.Límites de las modalidades en el Derecho Civil Peruano

Las modalidades impuestas en el testamento no pueden ir contra el orden público, las buenas costumbres, la moral, la seguridad nacional y el bienestar común. Se debe tener en cuenta el artículo V, del Título Preliminar del Código Civil, que establece, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Asimismo, las modalidades deben tener un fin lícito, ser física y jurídicamente posible, de acuerdo a lo establecido en el artículo 171° del Código Civil, “La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas”.

B. Clases de modalidades:

B.1 La condición

La condición como modalidad del acto jurídico, como lo establece la generalidad de la doctrina, es un hecho incierto del que se hace depender la eficacia del acto y que en el caso del acto testamentario con el que se instituye el legado, es impuesto arbitrariamente por el testador. El hecho puesto como condición no puede ser contrario a las normas imperativas de la ley, como señala el artículo 689° del Código Civil, pues se tendrá como no puesto; o ser ilícito o física o jurídicamente imposible, pues invalidarían la disposición testamentaria. (VIDAL RAMIREZ, 2000). Por ejemplo, Jarol, al redactar su testamento, establece que Karen, será heredera universal cuando se gradúe como Abogada, dicha condición no es contraria a las normas imperativas de ley, ni es ilícito o jurídicamente imposible. Contrario sería si Jarol, establece que Karen, no debe contraer matrimonio, pues esta condición, no será aceptada y se tendrá por no puesta.

Lohmann Luca de Tena señala que, al referirse a condiciones, el artículo 689° del Código Civil no hace distinción de ninguna especie. Tampoco lo hace el numeral 738°. Ambos aluden a condiciones en general, sin diferenciar la naturaleza del hecho o hipótesis condicionante, ni su influencia en la eficacia (suspensiva o resolutoria) del esquema dispuesto por el testador sobre lo que el artículo 686° llama ordenamiento de la propia sucesión.

La doctrina de la condición en el testamento se infiere, por lo demás de los principios que se tienen aquí por reproducidos, o sea, que la pendencia de la condición suspensiva hace (temporalmente) ineficaz el testamento y la verificación de la condición resolutoria lo hace (definitivamente) ineficaz, y hace ineficaces también las disposiciones testamentaria singulares. (LOHMANN LUCA DE TENA)

La Condición Suspensiva

El artículo 768° del Código Civil hace referencia a la condición suspensiva, cuya verificación debe esperar el legatario para que la disposición testamentaria le haga adquirir el derecho, pudiendo mientras tanto, ejercer las medidas precautorias de su derecho. La condición suspensiva genera un derecho pendenteconditione, esto es condicional, eventual o expectatio que le permite a su titular, según el artículo 173° a realizar “actos conservatorios”, y si tal titular es legatario, las “medidas precautorias de su derecho”, entendiéndose por tales la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 2019, inc. 4), o en el de la Propiedad Mueble (Art. 2045), según la clase del bien legado o a cualquier otro “acto conservatorio” o “medida precautoria”. Estos derechos pendenteconditione pueden ser materia de transmisión por acto testamentario y por acto inter vivos. (VIDAL RAMIREZ, 2000). Por ejemplo, Luis deja a su hija Laura, \$ 80 000.00, siempre y cuando ella se gradúe como ingeniera.

Lohmann Luca de Tena establece que, en materia testamentaria la condición suspensiva, puede actuar sobre tres estratos o grados.

- Sobre el testamento.

La estipulación condicionante puede hacer que lo suspendido sea el testamento entero, de manera que su vigencia sólo se quiere (aparte, claro está, de que el autor muera, que en rigor es una conditio juris) si se produce el supuesto hipotético al que se anuda y condiciona la voluntad de querer testar. El testamento como tal está confeccionado y por lo tanto tiene existencia jurídica, pero el testador ha querido que ese orden de intereses contenido en el testamento solamente actúe si ocurre o no ocurre (según que la condición sea positiva o negativa) el evento que supeditó su decisión de testar.

- Sobre la institución de heredero Voluntario o Legataria.

Es el que repercute ya no sobre el testamento entero, sino en el ámbito de las disposiciones concernientes a institución de heredero o legatario. Existen dos posiciones:

Si lo condicionado es **el llamamiento – o sea la designación a título Universal (heredero) o particular (legatario)** o si lo subordinado a condición puesta con efectos suspensivos es **la adquisición de los bienes (o derechos) por el designado**.

En el primer caso (designación condicionada) el heredero nombrado o legatario tienen nombramiento – y, por lo tanto, vocación sucesoria – pero la delación sucesoria queda supeditada a la realización de la condición, de manera que, propiamente, no estarían en aptitud de aceptar o renunciar ni ser sucesores del testador hasta que la condición tenga lugar; y en todo caso la aceptación sería ineficaz porque no se ha producido el supuesto condicionante.

En el segundo caso el nombramiento es firme y efectivamente habría sucesor (heredero o legatario) y se produciría delación en sus personas, pero todavía con incertidumbre sobre la titularidad de los bienes, que sólo adquirirán cuando y si la condición se realiza.

Respecto a estos dos casos, mi posición es concordante con la de Lohmann Luca de Tena, el que considera que afecta a la adquisición y no el nombramiento y sus razones son las siguientes:

- En nuestro ordenamiento jurídico no hay posibilidad de que existan bienes sin titular.
- Que el artículo 768°, aunque referida al legatario estimó igualmente aplicable al heredero voluntario. Según esta norma, “el legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento del plazo, mientras no se cumpla la condición o venza el plazo. Mientras tanto, puede ejercer las medidas precautorias de su derecho”. Me parece bastante claro que el texto transcrito da por cierta y firme la situación jurídica del nombramiento de legatario, si bien que subordinado (entiéndase, supeditado) a la realización de la condición la **adquisición** de lo legado.

- En nuestro derecho positivo carece de una regla que impida al adquirente bajo condición pedir la participación hasta que se realice el evento condicionante. No se ha previsto participación provisional hasta que la condición se verifique.

- Sobre otras disposiciones Testamentarias.

La condición suspensiva puede imponerse sobre otro tipo de disposiciones de menor trascendencia en el régimen u ordenamiento sucesoral y que no conciernan a la institución de herederos o legatarios. Las posibilidades y variantes dependerán de lo que el testador haya decidido en función de los particulares intereses que dese regular. Por ejemplo: puede establecer una condición suspensiva que afecte el régimen de indivisión forzosa, o que repercuta sobre lo estipulado respecto del albaceazgo, etc.

La Condición Resolutoria.

La condición resolutoria en un negocio jurídico por causa de muerte es el acontecimiento futuro e incierto del que el testador hace depender que una atribución en él contenida, deje de ser eficaz después de haberlo sido. Por ejemplo, Jaqueline deja a su hija Eva una pensión de S/ 1 200.00 mensuales, quien la perderá si viaja a Ecuador.

La condición es resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho, es decir, que es un hecho futuro e incierto, del que depende la extinción de un derecho.

Lohmann Luca de Tena establece que en materia testamentaria la condición resolutoria puede actuar sobre tres estratos o grados.

- Sobre el Testamento entero.

No hay inconveniente para que la condición afecte resolutivamente la eficacia del testamento en conjunto. Se exceptúan aquellas disposiciones que, por su especial naturaleza, no admitan derogatoria, como sería el caso, por ejemplo, de las que tengan como contenido reconocimiento de un hijo.

Con arreglo a lo expresado, el testador puede dictar su última voluntad y establecer u ordenar el régimen sucesoral que desea, pero supeditando la vigencia y eficacia de todo ello a que ocurra o no ocurra algo, en cuyo caso cesará por entero su testamento y su sucesión se registrará por otro testamento o por las reglas de la sucesión intestada.

- Sobre la institución de heredero Voluntario o Legatario.

Aunque conceptualmente puede admitirse la condición resolutoria, en nuestro régimen positivo se hace necesario distinguir entre llamamiento o designación condicionados, y adquisición condicionada. De este planteamiento se sigue que no cabe resolver ni suprimir del mundo jurídico una herencia o legado ya ocurridos y que, además, fueron queridos por el testador, que para eso los nombró. Sin embargo, si es perfectamente posible que sucedido el evento condicionante fijado con carácter resolutorio, decaiga la titularidad en la propiedad. De este modo tendremos una sucesión verdaderamente formada y ocurrida, en el entendimiento que lo querido por el testador ha sido efectivamente que los nombrados fuesen sus sucesores a título universal como heredero, o particular como legatario, pero bajo ciertos supuestos resolutorios no del derecho a su sucesión, sino del derecho a que se atribuyan definitivamente los bienes.

Desde la apertura de la sucesión y durante el periodo de pendencia el sucesor adquirente tiene plena vocación hereditaria y un derecho indiscutible sobre los bienes, pero sin duda no absoluto, porque la subsistencia y consolidación del derecho sobre ellos depende de que ocurra (o no ocurra, si fuera negativa) la condición. Sobre los derechos transmitidos por la muerte y recibidos por los sucesores sub conditione pesa una carga de incertidumbre, lo que obliga a conversarlos en aptitud de ser devueltos, si llegara el caso.

- Sobre otras disposiciones testamentarias.

La condición resolutoria puede imponerse sobre las disposiciones testamentarias aisladas y particulares, supeditando la continuación de lo dispuesto a que suceda o no algo que ponga fin al régimen así creado.

Condiciones imposibles, ilícitas e inmorales.

En las disposiciones testamentarias se consideran no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Entonces, se puede establecer que las condiciones imposibles y contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero, a pesar que el testador haya dispuesto lo contrario. Por ejemplo, una condición ilícita sería, te dejo la casa de Piura como herencia, si aguantas tres horas bajo el agua sin respirar, y contraria a la ley sería, por ejemplo, te dejo la casa si matas a Susan.

La condición de no contraer matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que la condición de no casarse se haya impuesto al viudo o viuda por su difunto consorte. Por ejemplo, heredarás si te casas, o heredaras si te casas con Alberto.

Condiciones captatorias.

Son aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes en condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos. (ELORRIAGA DE BONIS, 2010)

Por ejemplo, te dejo la mitad de herencia con la condición de que tú me dejes la casa de campo.

Condiciones potestativas, causales y mixtas.

La condición es potestativa cuando su cumplimiento dependa de la voluntad o la conducta de una de las partes. La condición es casual cuando el cumplimiento no depende de la voluntad de las partes, sino de fenómenos ajenos, como el azar o la voluntad de un tercero. Y la condición es mixta cuando el cumplimiento dependa en parte de la voluntad de uno de los sujetos de la obligación y en parte de una circunstancia ajena.

B.2 El plazo.

Según el artículo 689° del Código Civil, se aplican a las disposiciones testamentarias las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos. A tenor de ello, regirán en materia de actos de última voluntad las reglas de los artículos 178 a 193 del Código Civil, relativas al plazo. (LOHMANN LUCA DE TENA)

El plazo suspensivo.

Cuando es suspensivo el acto no surte efecto mientras el plazo se encuentre pendiente. Es decir, hasta que no llegue la fecha fijada como término inicial. (LOHMANN LUCA DE TENA)

El que ha de entregar tiene la situación de un usufructuario. Si es de prestación periódica, el heredero que ha de pagarlo hace suyos los frutos. (GARGOLIO ARCE, 2016)

Si el derecho está sometido a un plazo suspensivo, es un derecho efectivo y seguro, en contra posición a los pendiente conditione, pues no hay duda alguna sobre su existencia si bien el legatario ha de esperar un cierto tiempo para poder gozarlo y ejercerlo; se trata de un derecho ya constituido. (VIDAL RAMIREZ, 2000)

Lohmann Luca de Tena establece que en materia testamentaria el plazo suspensivo puede actuar sobre los siguientes estratos o grados.

- Plazo sobre el testamento.

La regla contenida bajo el numeral 686° del Código Civil, se refiere solamente a modalidades de las disposiciones testamentarias. Sin embargo, es evidente que la ineficacia temporal propia del plazo suspensivo puede estatuirse sobre el testamento entero sin perjuicio, desde luego, de su revocabilidad.

En este caso, esta ineficacia (que implica como si el testamento no se hubiera hecho) queda decretada por decisión del propio testador, quien ha querido que su testamento no surta eficacia antes de una fecha determinada o determinable merced a los criterios que él mismo proponga. Consiguientemente, si el deceso se produce antes del vencimiento del plazo suspensivo el régimen sucesoral establecido en tal testamento es absolutamente irrelevante para efectos jurídicos y por tanto la sucesión se regirá o por el testamento anterior, si lo hubiere, o bajo el régimen de sucesión legal intestada si no había testamento o el que había resulta sin valor por cualquier razón.

- Sobre la institución de heredero o legatario.

Con respecto a los herederos legitimados no cabe duda alguna de la ilicitud de establecerles plazo alguno, porque los artículos 733° y 736° del Código Civil excluyen claramente la aposición de modalidades en las designaciones de herederos forzosos.

- Sobre las disposiciones singulares.

No existe al respecto impedimento de ninguna índole, siempre que no repugne la naturaleza de la disposición.

B.3 El Cargo.

B.3.1 Características del cargo.(LOHMANN LUCA DE TENA)

- El cargo no modifica los efectos típicos de la disposición testamentaria a la cual se añade, pero si le agrega otros efectos jurídicos que económicamente limitan la atribución patrimonial.
- Si bien la prestación en que consiste el modo y la liberalidad son conceptualmente autónomos, el primero descansa en la segunda, que viene a ser el presupuesto de la obligación modal.
- El cumplimiento de la carga que se impone solamente puede ser exigido después de satisfecha la liberalidad.

B.3.2 Ámbito de aplicación (LOHMANN LUCA DE TENA)

Conforme a las ideas expuestas, el modo solamente puede imponerse sobre las disposiciones atributivas de liberalidad, que quedan así modalizadas con una obligación a cargo del enriquecido. Por lo tanto, no puede recaer ni sobre el testamento entero (como sí la condición o el plazo) ni sobre disposiciones testamentarias ajenas a constitución de liberalidad.

En el aspecto subjetivo solamente puede imponerse el cargo a los herederos voluntarios o a los legatarios. No se admite respecto de la legítima de los herederos forzosos, según preceptúa el artículo 733° del Código Civil.

Conforme al numeral 738° del Código Civil, el testador puede imponer a los herederos voluntarios cargos que no sean contrarios a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales.

B.4 Comentario del artículo 846° del Código Civil.

Si bien es cierto en el Derecho Civil Peruano no se acepta la imposición de modalidades por parte del testador al momento de disponer de su patrimonio, al analizar el artículo 846° del Código Civil se puede afirmar que se está imponiendo una modalidad al establecer la indivisión por un plazo de cuatro años, sin embargo, no habría problema si los herederos no cumplen con esta imposición.

Artículo 846° del Código Civil *“El testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades.*

Tratándose de explotaciones agrícolas y ganaderas se estará a lo dispuesto por la ley de la materia...”

“...Asimismo, a partir de la publicación e inscripción registral del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legislación nacional se producirá la indivisión de la masa hereditaria testamentaria o intestada”.

El artículo antes citado es comentado por Verónica Zambrano de Novak en el que señala que, debemos entender que la intención del legislador ha sido otorgar al testador la facultad de imponer la indivisión por cuatro años respecto de todos aquellos bienes que se encuentren destinados a que la empresa continúe cumpliendo con la actividad económica para la cual fue creada. No obstante, esta consecuencia no es la que resulta de aplicar el artículo bajo comentario, puesto que la indivisión de los bienes destinados para la operatividad de la empresa no garantiza que los bienes continúen siendo aplicados a la actividad empresarial, del mismo modo que la indivisión de las acciones de las que el causante era titular, tampoco garantiza que el voto sea ejercitado de modo tal que permita la continuidad de la empresa. Por tanto, se puede tener un conjunto de acciones u otro tipo de bienes indivisos, sin que ello garantice la continuidad de la actividad empresarial que en vida del causante se realizaba. No debemos olvidar que la herencia se constituye en sí como un beneficio gratuito, es decir que los herederos no han realizado ninguna acción concreta para recibirla. Por tanto, de ordinario; no existe un incentivo para seguir haciendo producir a los bienes heredados, salvo que la pérdida reportada por la falta de actividad productiva de los bienes indivisos o los cuantiosos beneficios que reporte su actividad, analizados considerando la adversión al riesgo de cada heredero, sean de tal magnitud que los herederos decidan continuar con el negocio. Si ello fuere así, podemos afirmar que los herederos, como sujetos racionales, tendrían un incentivo natural para decidir continuar con la empresa, aun sin que el testador hubiere impuesto la indivisión. Considerando que los individuos son limitadamente racionales y les puede resultar costoso decidir entre continuar o no con la empresa, resulta de principal importancia que el testador imponga la indivisión de los bienes de los cuales dependa la permanencia de la misma y adicionalmente nombre un albacea con el encargo específico de continuar con la actividad empresarial, mientras dure la indivisión, solo así logrará el testador que su voluntad de dar continuidad a la empresa, luego de su muerte, se cumpla. Si bien la indivisión impuesta es el primer paso para garantizar la continuidad de la empresa, no logra por sí sola su objetivo.

Situación diferente se presenta con relación al caso de explotaciones agrícolas y ganaderas, puesto que las leyes especiales por las que se rigen establecen determinados requisitos a cumplir para no perder su condición de tales, obligando de cierta forma a que la actividad en dichas explotaciones continúe. En estos casos la indivisión si garantizará probablemente que la actividad agrícola o ganadera continúe bajo un solo titular, la sucesión indivisa, lo que precisamente era el interés que el causante buscaba preservar. (ZAMBRANO DE NOVAK)

Finalmente, en cuanto al plazo puede comentarse que, en opinión de algunos autores como Lohmann, resulta corto e implica una innecesaria restricción a las facultades dispositivas del testador. Verónica Zambrano señala que comparte esta opinión en lo que se refiere a la sucesión de los herederos voluntarios, pues en dicho caso el testador podría en su interés disponer de una

indivisión por un plazo mayor. Inclusive consideramos que, a pesar de no señalarlo expresamente en la norma, al dejar abierta la posibilidad de imponerse todo tipo de modalidades a los herederos forzosos, podría intentar sostenerse un plazo mayor. En cambio, esta situación no se presenta así respecto de los herederos legitimarios, a quienes de cierta forma se les estaría condicionando su cuota legitimaria, por lo que no correspondería interpretar que sea posible establecer un plazo mayor.

2.4.4 Los sucesores

2.4.4.1 Sucesores a título universal

Esta tiene lugar cuando la totalidad del patrimonio del causante, esto es, la universalidad de su patrimonio se transmite a uno de sus herederos o a varios de sus sucesores dando lugar a los llamados herederos o sucesores a título universal. Por ejemplo: Pedro muere y deja como su único heredero a su hijo Juan; en este caso el llamado por la ley a sucederle es Juan, por ser el único heredero.

En esta hipótesis el hijo Juan asumiría todo el patrimonio hereditario porque es un heredero a título universal. Pero puede darse el caso que Pedro fallece y deja como sobrevivientes a sus hijos Juan, Luis, José, Teresa, María y además a su cónyuge supérstite, en esta hipótesis todos asumen el patrimonio hereditario proporcionalmente a su participación en su masa hereditaria. En este supuesto todos tienen el carácter a título universal (art. 735, del C.C). en ese orden, son herederos a título universal los herederos forzosos, los herederos legales y los herederos voluntarios, quienes suceden sobre los activos y pasivos de la herencia. El rasgo fundamental en esta forma de suceder es aquel heredero (o herederos), asume los derechos provenientes de la sucesión.

A. Herederos.

El heredero sintetiza en sí la continuación (jurídica) de la esfera patrimonial del causante y por eso mismo satisface una función social reconocida por el derecho. La ley organiza un sistema de llamamientos a suceder en el ámbito de la familia, sobre la base de parentesco, y permite también al mismo causante, en vida, instituir o nombrar a quienes según su voluntad recibirán la herencia una vez fallecido. (RIVERA ORÉ, 2005)

El heredero es el que por testamento o por ley, mediante juicio de intestado, recibe en todo o en parte una herencia o legado. Es a quien se transmiten los bienes, derechos y obligaciones del *cujus*, en los términos de testamento o en la forma en que disponga la ley, en su caso. (PEREZ CONTRERAS, 2010)

Baqueiro Rojas y Buenrostro Baéz, citados por Jara Quispe, señalan lo siguiente: “El heredero está considerado como el elemento central de la teoría testamentaria, ya que se trata del sustituto del *de cuius* en la titularidad de su patrimonio (...)”. (JARA QUISPE, 2009)

A.1 Herederos testamentarios que pueden instituirse.

A.1.1 Herederos forzosos.

Son aquellos a los cuales la ley les reserva una parte no disponible de la masa hereditaria. (HINOSTROZA MINGUEZ, 2014)

Lo de forzoso debería entenderse respecto del testador, el cual se ve obligado, forzado a convocar a ciertos herederos cuyos derechos están reconocidos legalmente, salvo la institución de la desheredación. En consecuencia, el llamado heredero forzoso lo es por designación que hace la ley, y no porque el heredero tenga que aceptar forzosamente el llamado, pues como ya ha quedado establecido en nuestra legislación, no hay heredero a la fuerza, el heredero lo es porque quiere serlo y no porque se lo impongan. (AGUILAR LLANOS, 2014)

En el artículo 724° del Código Civil Peruano, se señala que “son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el

integrante sobreviviente de la unión de hecho”. Pero la institución de estos herederos se hará de acuerdo a lo prescrito en el artículo 736°, del mismo cuerpo normativo, “La institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas”.

Este artículo establece que no son válidas las modalidades que imponga el testador; entonces, en nuestro ordenamiento jurídico a los herederos forzosos no se les puede imponer condiciones y cargas con respecto a la legítima.

El artículo 733° del Código Civil Peruano, señala lo siguiente, “El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquella gravamen, modalidad, ni sustitución alguna...” Ello es así pues tales herederos no deben su derecho lo encontramos en la ley, por lo tanto, el testador tiene que limitarse a convocarlos en forma pura y simple. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Que pueden ser privados de la herencia mediante un testamento porque la ley no lo permite. Son los hijos, cónyuge y padres de la persona que fallece. (ASOCIADOS., s.f.)

A.1.2 Herederos Voluntarios.

Los que sólo pueden ser instituidos por el testador en caso de no haber herederos forzosos, puesto que el derecho a la legítima de éstos tiene una condición preferencial, excluyente e intangible, y no pueden aquellos ser apartados del mismo por persona alguna. (HINOSTROZA MINGUEZ, 2014)

Se trata de liberalidades por las que convoca a su sucesión a fin de que participen de esta, transmitiéndoles todo o una parte del patrimonio. Obsérvese que el testador no está obligado a llamarlos, sino que por, un acto gracioso, los convoca. La presencia de los herederos voluntarios solo va a ser posible en el caso de que el testador no tenga herederos forzosos hábiles, pues si los tuviera, son ellos los que deben de participar en su calidad de herederos. Esto significa que en nuestra legislación no pueden coexistir herederos forzosos con voluntarios, sino que estos solo van a tener presencia ante la ausencia de aquellos. (AGUILAR LLANOS, 2014)

El artículo 737° del Código Civil Peruano, prescribe que: “El testador que no tenga herederos forzosos, puede instituir uno o más herederos voluntarios y señalar la parte de la herencia que signa a cada uno. Si no la determina, sucederán en partes iguales”.

A diferencia de los herederos forzosos, el testador puede imponer modalidades en el acto testamentario a los herederos voluntarios; tal como lo señala el artículo 738° del Código Civil Peruano, en la parte in fine, “*el testador puede imponer tanto a los herederos voluntarios como a los legatarios, condiciones y cargos que no sean contrarios a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona*”.

B. Sucesores a título particular

Esta tiene lugar cuando el causante dispone por testamento como un acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes o de una parte de ellos, dentro de sus facultades de libre disposición y a favor de determinados sucesores llamados legatarios (art. 725°, 726° y 756° del C.C). En este caso se afirma que los legatarios son sucesores a título particular, con la aclaración que la institución de los legatarios es potestativa, por lo tanto, no siempre hay legatarios en una sucesión intestada. El rasgo característico de esta clase de sucesión es que los legatarios no heredan deudas (art. 735° del C.C) u obligaciones, (salvo lo dispuesto por el art. 879° del C.C, cuando es el propio testador quien impone al legatario pagar sus obligaciones; y el art. 17° inciso 1° del Código Tributario, referido a las obligaciones tributarias que afectan a los bienes legados).

B.1 Legatarios.

El artículo 756° del Código Civil, establece que: “El testador puede disponer como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes, o de una parte de ellos, dentro de su facultad de libre disposición”.

Regula el artículo 735° del Código Civil que la institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756° que alude al legado de una parte de un bien. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Tratándose de una liberalidad, la ley faculta al testador para imponer condiciones o plazos, e incluso cargos al llamado de los legatarios; siempre y cuando no vayan contra las normas del orden público, las buenas costumbres y no afecten los derechos fundamentales de la persona, tal expresamente lo señala el artículo 738° del Código Civil.

Asimismo, el artículo 768° del Código Civil, prescribe que, el legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento de un plazo, mientras no se cumpla la condición o venza el plazo. Mientras tanto puede ejercer las medidas precautorias de su derecho. El legado con cargo, se rige por lo dispuesto para las donaciones sujetas a esta modalidad. Por otro lado, el legado caduca si el legatario muere antes que el testador, si el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por su culpa y Si el testador enajena el bien legado o éste perece sin culpa del heredero (Artículo 772° del Código Civil).

2.4.5 Clase de sucesiones(ACEDO PENCO, 2014)

A. La sucesión a título universal.

A tenor del precepto que se acaba de transcribir, se denomina heredero a la persona que recibe los bienes y derechos por causa de muerte a título universal. El heredero recibirá todos los bienes y derechos del causante, o una parte alícuota de los mismos.

Por ejemplo, será el caso del testador que instituye heredero al hijo o hijos; o también cuando se haga lo propio en un porcentaje, como pudiera ser: “dejo a mi hijo los cuatro quintos del total de mis bienes”.

El heredero, sucesor a título universal, “ocupa, continúa, se subroga en el conjunto de las relaciones jurídicas atinentes al causante en la misma posición que éste asumía previamente”, asumiendo sus deudas y cargas.

B. La sucesión a título particular

El legatario es quien sucede a título particular o singular, es decir, que el testador le asigna uno o varios bienes y derechos concretos y específicos, no la totalidad, ni una porción.

Por ejemplo: “dejo en legado mi casa de campo de Jaraíz de la Vera a mi novia Federica”; o también, “lego a mi sobrino Mario mi reloj Rolex”.

Aunque lo habitual sea que el legatario suceda en una relación jurídica propia del decuius, es posible, en ciertos casos, que el bien sea de otro, lo que ocurre en el legado de cosa ajena. En cualquier caso, el legatario es un mero sucesor a título particular que no asume las deudas hereditarias.

C. Sucesión voluntaria y sucesión legal

La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley.

La sucesión voluntaria es la modalidad que se utiliza cuando el causante dispone personalmente, y según su libre voluntad, cuál será el destino de sus bienes y derechos para cuando fallezca. La forma habitual de hacerlo es mediante el testamento, cualquiera que sea su clase, llamándose también sucesión testamentaria. También es voluntaria la que opera mediante el contrato sucesorio, denominada también, sucesión contractual.

La sucesión legal es el sistema previsto en las leyes para determinar cual será el destino de los bienes y derechos del fallecido que no hubiere testado en vida, o no lo hubiese hecho de forma válida, denominándose sucesión abintestato. También suelen incluirse en la regulación de esta modalidad las normas sobre las legítimas ya que la ley establece forzosamente la porción que el testador ha de respetar para sus beneficiarios, al margen de su voluntad, que está imperativamente limitada por la ley.

D. Mortis causa capiones.

El Derecho romano clásico conoció esta figura para indicar determinadas “adquisiciones singulares fundadas en actos de última voluntad que no adoptan propiamente forma de herencia, legado o fideicomiso”. Eran, por ejemplo, la condición impuesta por el testador al heredero, así como determinadas asignaciones que alguien recibe por aceptar o repudiar herencias o legados.

En la actualidad las disposiciones mortis causa capiones “no existen como categorías definidas”, aunque pueden admitirse indirectamente mediante las sucesiones condicionales o modales, así como en estipulaciones testamentarias basadas en la autonomía privada del testador.

2.4.6 Sucesión testamentaria

Para poder hablar sobre Sucesión Testamentaria, debemos tomar en cuenta un principio fundamental, el cual es la voluntad del causante plasmada en un testamento, podemos encontrarla establecido en el artículo 686 del Código Civil, pero ésta voluntad del testador se somete a ciertas formalidades y limitaciones, que lleva consigo en el testamento. Con la finalidad orientada a garantizar y proteger la distribución de la masa hereditaria, con arreglo a ley.

Manuel Miranda señala que *“la sucesión testamentaria, es aquella que se produce por testamento, siendo así, el otorgamiento de un testamento, constituye un acto jurídico de última voluntad, por el que una persona dispone de sus bienes patrimoniales y otros asuntos que le atañen, para después de su muerte”*.(MIRANDA CANALES, 1996)

La sucesión testamentaria es aquel acto personalísimo por el cual el testador, voluntariamente, dispone de sus bienes ya sea de una manera total o parcial; para que después de su muerte se ordene su propia sucesión. El testador tiene la facultad de imponer requisitos para que puedan adquirir la herencia de una forma determinada, de la misma manera puede ampliar el número de sujetos que serán los beneficiarios, estos sujetos no necesariamente deberán ser los herederos legales. Incluso podrían indicar unos efectos que actuarán de forma retroactiva a la muerte del testador.

Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

2.4.6.1 Características de la Sucesión Testamentaria(LLAURI ROBLES, 2011)

- a) **Es unilateral**, porque se perfecciona sólo con la voluntad del testador.
- b) **Es personal e indelegable**, porque sólo el testador personalmente puede hacer el testamento.
- c) **Es individual**, porque no puede hacerse el testamento en forma conjunta o múltiple, aún en el caso de ser cónyuges.
- d) **Es formal**, porque tiene una determinada formalidad establecida por la ley.
- e) **Es revocable**, porque el testador puede cambiarlo las veces que desee.

Debemos tener en cuenta que las características son factores esenciales en los nacimientos de los documentos testamentarios, así tenemos por ejemplo el artículo 690 del Código Civil, que preceptúa que las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero; pues es así se logra desprender reglas básicas, que a su vez se convierte en una formalidad en la Constitución y elaboración de un testamento.

2.4.7 La legítima

2.4.7.1 Generalidades

En la sucesión testamentaria, la voluntad del testador no es enteramente libre. Aquella está enmarcada dentro de ciertos parámetros, ya que hay partes de la masa hereditaria de libre disposición y existen otras que deben ser transmitidas en forma obligatoria a los herederos forzosos o legitimarios.

El derecho positivo confiere carácter de intangibilidad a la legítima, limitando la voluntad de disposición que puede tener el testador, que exceda de dicha porción intangible. Esta institución de la legítima es más que todo natural, cuya esencia reposa en consideraciones de orden moral, familiar, espiritual, social, que satisface las necesidades de las personas que tienen un estrecho vínculo con el causante de índole parental.(HINOSTROZA MINGUEZ, 2014)

AUGUSTO FERRERO, señala que existen dos sistemas respecto a la facultad de disposición mortis causa de una persona: aquel que otorga libertad plena para testar y aquel que obliga a reservar parte del patrimonio a favor de algunos.

Como destaca Lehr, citado por Augusto Ferrero, entre romanos la libertad absoluta de testar era una de las prerrogativas más preciosas del ciudadano. Fue el Derecho Germano el que no respetó las disposiciones del testador ni reconoció el derecho para hacerlas.

Bevilaquia, citado por Ferrero, menciona que existen razones de orden moral y jurídico invocadas a favor de la libertad de testar. 1) Constituye una atribución más del derecho de propiedad; 2) La herencia forzosa es una injusta restricción a la libertad individual; 3) La libertad de testar consolida la autoridad paterna, pues deja al padre el derecho de transmitir su patrimonio al hijo más digno de su estima; 4) La libertad de testar desarrolla la iniciativa individual, porque no pudiendo el individuo contar con una herencia, se ve precisado a satisfacer sus necesidades y desarrollar todas sus energías y consagrarse al trabajo.

Nuestro ordenamiento se afilia al régimen que reconoce la sucesión forzosa, consagrando la institución de la legítima.(FERRERO, 2002)

Hinostroza Mínguez señala que son consecuencias de la intangibilidad de la legítima las siguientes:

- a) El testador no puede, aunque así fuere su deseo, privar de ella a los herederos forzosos, a excepción de los supuestos de indignidad y desheredación.
- b) Si un heredero legítimo ha sido preterido, o sea, el testador ha prescindido de él, puede aquél solicitar el reconocimiento de su derecho.

- c) Si el testador ha dejado a terceros porción mayor a la permitida legalmente, el heredero necesario puede pedir la reducción correspondiente. Si se le deja menos de su cuota, está facultado para exigir el reintegro de lo faltante.
- d) Son nulos gravámenes, condiciones y sustituciones de cualquier índole.

2.4.7.2 Concepto

La legítima es la parte intangible de los bienes del testador de la que éste no puede disponer libremente, porque está reservada a ciertos herederos, quienes, en virtud del derecho imperativo que la ley les acuerda en la sucesión, son denominados forzosos, legitimarios o necesarios. (LANATTA)

Cabanellas quien, al referirse a la legítima, señala que se trata de la parte de la herencia que se debe por disposición de la ley a cierta clase de herederos, definición amplia, y que como es de observar, cabe aplicarla tanto a la sucesión testamentaria como a la intestada. (AGUILAR LLANOS, 2014)

El artículo 723°, del Código Civil, señala lo siguiente: “La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos”.

2.4.7.3 Requisitos para la configuración de la legítima.

Para la configuración de la legítima es necesaria la concurrencia de los requisitos siguientes:

- a) La existencia de herederos forzosos o legitimarios, que son los únicos herederos con derecho a la legítima. Éstos son: Los ascendientes (padres, abuelos, bisabuelos, etc.), descendientes (hijos, nietos, biznietos, etc.), el (la) cónyuge o, según el caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho. En cuanto a los hijos, no existe distinción alguna entre tales, pudiendo ser: matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos.
- b) La existencia real de los herederos forzosos, aún con la calidad de concebidos, siempre que su nacimiento sea viable, vale decir, que nazcan vivos.
- c) Que los herederos forzosos no sean excluidos de la herencia por indignidad o desheredación.
- d) Existencia de la vocación sucesoria del presunto heredero.

2.4.7.4 Los legitimarios.

Los familiares cercanos y directos con respecto al causante, y a quienes la ley les reconoce una cuota hereditaria, son los llamados herederos forzosos, o herederos necesarios o legitimados, sobre la denominación que emplea el Código Civil de herederos forzosos, tal como expresamente lo señala el artículo 724° del Código Civil (Modificado por Ley N°30007), “son herederos forzosos los hijos y demás descendientes, los padres y los demás ascendientes y el cónyuge o si fuera el caso el sobreviviente de una unión de hecho”. (AGUILAR LLANOS, 2014)

2.4.7.5 Legítima de los descendientes.

Refiere el artículo 725° del Código Civil, que quien tiene hijos u otros descendientes puede disponer libremente del tercio de sus bienes, por lo que la legítima de estos es de dos tercios del patrimonio hereditario. Ahora bien, conviene hacer la precisión de que estos dos tercios le corresponde a los descendientes, quienes se distribuirán en partes iguales; y si fuera el caso, que al causante le ha sobrevivido un solo hijo, esos dos tercios le corresponderán en su totalidad; y si le han sobrevivido diez hijos, los dos tercios se dividirán en partes iguales entre los diez hijos del causante. La ley peruana no hace distingo en cuanto al número de legitimarios que concurran, pues los dos tercios irán para todos ellos o para uno sólo. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Teniendo en cuenta que, respecto de la herencia, la legítima es una parte, que se determina deduciendo de la masa hereditaria, en su integridad, las cargas y deudas de la herencia y

los gananciales del cónyuge, supérstite o, según el caso, del integrante sobreviviente de la unión de hecho y agregando o sumando el valor de los bienes colacionables, de haberlos; una vez determinada la herencia neta partible, la legítima de los herederos forzosos es, en relación la herencia, la proporción que fija la ley. En lo concerniente a la legítima de los descendientes, ella importa una de las más importantes innovaciones del Código Civil vigente.

En el Código Civil de 1936, para establecer la preferencia entre unos y otros herederos necesarios en la sucesión testamentaria, se recurría a las normas de la sucesión legal. El artículo 729° del Código Civil actual establece que se debe recurrir a las normas de sucesión intestada para determinar la legítima de cada uno de los herederos forzosos, que es igual a la cuota que le correspondería en la sucesión intestada. Tratándose de los hijos, como descendientes que son, todos ellos tienen iguales derechos sucesorios (art. 818° del C.C). Esta misma igualdad opera para otros descendientes, debiéndose tomar en cuenta los efectos de la representación sucesoria: si concurren solos, heredan por cabezas; y si concurren con hijos del causante, heredan por estirpes.(HINOSTROZA MINGUEZ, 2014)

2.4.7.6 Legítima de los ascendientes.

Estos legitimarios solo van a concurrir a la sucesión del causante, cuando a este no le sobreviva los descendientes hábiles para heredar, en tanto que como ya ha quedado señalado, no es posible la concurrencia de descendientes con ascendientes, ni en la sucesión testamentaria ni en la sucesión legal. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Si decimos la porción de libre disponibilidad (art. 726° del C.C), resulta que la legítima es de la mitad. Los principios que rigen la legítima de los ascendientes, siguiendo la reglas de la sucesión legal, son lo que a continuación mencionamos: a) La línea descendente tiene preferencia sobre la ascendente; quiere decir esto que los hijos, nietos, etc., excluyen a los padres y abuelos; b) Los progenitores que no reconocieron a sus hijos extramatrimoniales, o aquellos cuya paternidad ha sido declarada judicialmente, no heredan a sus hijos extramatrimoniales, de conformidad con los artículos 398° y 412° del Código Civil. Por el contrario, heredan los padres de los hijos extramatrimoniales reconocidos (inclusive mayores de edad), si éstos se encontraban en posesión constante del estado de hijos, o si consiente en el reconocimiento. Por otro lado, los padres de no haber descendientes, heredan por partes iguales. Si sólo existiera uno de ellos, heredaría la mitad del patrimonio hereditario. Los abuelos, a falta de padres, heredan de igual forma que éstos. (HINOSTROZA MINGUEZ, 2014)

2.4.7.7 Legítima del cónyuge o del sobreviviente de la unión de hecho

En caso de los consortes un matrimonio válido y vigente al momento en el que se produce el deceso del cónyuge, es suficiente para que el cónyuge supérstite goce la calidad de heredero, dentro de las condiciones que la ley establece. En lo que se refiere a la unión de hecho que genera familia, también recibe protección del Estado, y así lo reconoce el artículo cuarto y quinto de la Constitución. En esa medida se ha dictado la Ley N° 30007, que concede derechos hereditarios entre los concubinos, dándole la calidad de legitimarios a ambos, y por tanto reconociéndoles sus derechos sucesorios. La legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales proveniente de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio.(AGUILAR LLANOS, 2014)

La legítima es un derecho que reconoce la ley al cónyuge al haber estado unido en matrimonio con el causante.

En cuanto a los gananciales provenientes de la sociedad de bienes que se da en el matrimonio, es un derecho a su calidad de socio de esa sociedad, esto es, un derecho ganado y reconocido por tu aporte en la formación de este patrimonio, y al terminar esta sociedad, como cualquier otra que concluye, se tiene que repartir el patrimonio social entre los socios.(AGUILAR LLANOS, 2014)

El artículo 730° del Código Civil, ha sido modificado por la Ley N° 30007, al poner a la par del cónyuge al sobreviviente de la unión de hecho. En consecuencia, ocurrió el deceso de una persona que estuvo unida a otra bajo los alcances del artículo 326° del Código Civil, al sobreviviente le corresponderá en aplicación del artículo citado, el 50% de la sociedad de bienes generada a lo largo de la vida concubinaria, más su derecho de herencia otorgado por la misma ley.

Si el cónyuge o concubino concurre con descendientes del causante, y si la concurrencia es con sus hijos, su cuota será igual a la de un hijo del causante (art. 822 del C.C). En cambio, si la concurrencia es con otros descendientes más lejanos (nietos, biznietos), la cuota será la misma, esto es, una cuota igual a la que le corresponde al hijo del causante. El cónyuge o concubino hereda por cabeza, y los nietos por estirpe.

Si el cónyuge o sobreviviente de la unión de hecho concurre con ascendientes del causante, la cuota legítima que le corresponde será igual a la de ascendiente, sea este padre u otro ascendiente más lejano. Por lo tanto, si el cónyuge o concubino concurre con los padres del causante, la legítima se dividirá en tres partes; y si concurre con los cuatro abuelos del causante, la división de la legítima se hará en cinco partes. (AGUILAR LLANOS, 2014)

2.5 ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES(ESPINOZA ESPINOZA, 2002)

A. Orden Público

La autonomía privada, aparte de que sólo pueda desarrollarse en el marco del *números clausus* de tipos de actos y relaciones jurídicas fijado por el Ordenamiento jurídico, se limita además de diferentes maneras por el mismo Ordenamiento. Prohibiciones generales y especiales restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada.

Sobre el concepto de orden público se han dado variadas definiciones.

El orden público es un “conjunto de principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas)”. Por ello, el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas. En este mismo sentido, se afirma que el orden público indica los principios basales de nuestro ordenamiento social.

Un sector tradicional de la doctrina argentina afirma que el orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de su organización social establecida. Sin embargo, no siempre actúa como fuera represiva, inhibitoria respecto del individuo, sino que actúa también para vitalizar la norma, adecuándola al momento en que se la aplica, o para desecharla como lastre cuando impide el progreso, o para impulsar al órgano encargado de mantenerla actualizada, a realizar su función.

En esta misma orientación, se entiende por orden público a los principios de orden superior, que constituyen nuestra organización política y social, dentro de la cual son esenciales. El artículo V del Título Preliminar del Código Civil habla del acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden público. En efecto, cuando en este artículo se establece la nulidad por actos contrarios al orden público, el legislador ha entendido este concepto como sinónimo de imperatividad.

El concepto de orden público se modifica continuamente, en la medida que evoluciona la sociedad; es por eso que se le entiende como un modelo societario definido por el derecho de un determinado momento histórico de evolución de sus valores. En otras palabras, el orden público está compuesto por los principios, no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros; sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad.

B. Buenas Costumbres

Según Bianca, citado por Espinoza Espinoza, las buenas costumbres son entendidas como “los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social”.

Citando a Messineo, también se las conceptúa como “los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. No se asume como norma de las buenas costumbres la moralidad en sentido abstracto, deducida de principios de razón, sino la que la opinión común, vigente en un determinado “ambiente”, considera y practica como tal (la denominada ética social). De esta manera, es menor el número de los negocios inmorales de lo que sería si se asumiese como criterio de valoración un concepto más rigorístico. Y como las costumbres cambian de una época a otra y de un lugar a otro, así puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba inmoral ayer, y viceversa; o bien, una cosa es considerada inmoral en un país, y no en otro. Por tanto, el concepto de negocio inmoral es eminentemente relativo.

Por otro lado, se sostiene que por buenas costumbres se ha de entender los hábitos inveterados de la sociedad que sean conformes con la moral del Código. La moral extra-Código está exenta de la autoridad de los magistrados.

Hay un sector de la doctrina nacional que entiende que las buenas costumbres son las costumbres jurídicas que tienen el juicio de valor de buenas. Así, a propósito de lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, se sostiene que “la expresión buena costumbre, requiere tres calificaciones: que sea una **costumbre jurídica**; que pueda ser calificada como **buena**; y, además que el acto jurídico materia de análisis sea **contrario** a tal buena costumbre jurídica”.

Espinoza Espinoza señala que se incurre en error cuando se pretende que exista un punto de convergencia entre la costumbre jurídica (entendida como norma jurídica) y las buenas costumbres. El concepto de costumbre al que se refiere las buenas costumbres es a un hábito socialmente aceptado, y que merece el calificativo de bueno, por adecuarse a las reglas de la ética de una sociedad determinada. Asimismo, menciona que existe un sustrato común entre la buena costumbre y la costumbre jurídica, el cual es la habitualidad de ambas; pero mientras en la primera se ciñe a los valores morales, la segunda es un tipo de norma jurídica, calificación que no ostenta la primera, por cuanto una presupone la “estructura de poder” que la hace obligatoria y la otra no.

2.6 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ART. 733° DEL CÓDIGO CIVIL

ARTÍCULO 733°: *“El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquella gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos”.*

En el Código Civil Peruano comentado, Guillermo Lohmann Luca de Tena, establece dos preceptos de los cuáles señala lo siguiente:

El primer precepto del artículo estatuye que el testador no puede privar de la legítima a los herederos forzosos (esto, es legitimarios), sino en los casos expresamente determinados por la ley. Aparte de lo dispuesto en los citados numerales, no se le permite al testador privar de la legítima a sus parientes considerados legalmente como herederos forzosos: los descendientes, los ascendientes y el cónyuge. Pero tras de tan sencillo enunciado vienen los problemas. Privar de la legítima equivale a despojar, quitar, negar el acceso a ella. Lo que el legislador ha querido, en suma, es evitar que mediante disposiciones testamentarias el testador impida (adrede o involuntariamente) que el forzoso reciba todo lo que legitimariamente debiera corresponderle.

El segundo precepto del artículo 733° del C.C, dispone que el testador tampoco puede (léase, no debe) imponer a la legítima gravamen, modalidad o sustitución alguna. Si lo hiciere, como

estatuye el artículo 736° del C.C, la disposición se tiene por no puesta. La idea general se entiende sin mayor problema. La legítima tiene un contenido cuantitativo y un contenido cualitativo. El primero equivale a una porción de un haber patrimonial del causante que se calcula en el artículo 723° del C.C, o sea, la ley establece que por lo menos un cierto cuántum llegue al legitimario, en razón de su vínculo familiar con el difunto. Pero quiere, además que ese contenido no sea afectado mediante disposiciones que de una u otra forma perjudiquen la disponibilidad pura y simple del cuántum. Por lo tanto, prohíbe al testador establecer sobre la legítima “gravamen, modalidad o sustitución alguna”. La legítima no está protegida en el sobre qué, sino principalmente en el cuántum, para que el legitimario pueda pedir el suplemento, lo que no significa que tenga derecho a pedir bienes concretos si el causante había donado más del tercio o mitad según el caso. Establece el artículo que no cabe imponer modalidades sobre la legítima. La disposición debe ser concordada con la del artículo 689° del Código Civil. En cambio, no me parece procedente establecer concordancia con el artículo 736°, porque esta norma respecta al hecho exclusivo de la institución al legitimario como heredero, haciendo concurrir ambas situaciones. Al igual que la prohibición de gravámenes, en el sentido de disposiciones restrictivas, tampoco se permite que la legítima quede supeditada a condición, plazo o cargo. Nótese, sin embargo, que la prohibición concierne a la legítima, no a la situación de los bienes que formen parte del patrimonio del causante y sobre los cuales eventualmente se configure el contenido de la legítima.

Tratándose de herederos forzosos, según el artículo 733°, del Código Civil, el testador no puede imponer modalidad alguna, lo que se explica en la limitación a la autonomía de la voluntad por una cuestión de orden público, como es la preservación del patrimonio familiar y en el derecho emergente de la ley de quienes forzosamente – salvo renuncia – deben recibir los bienes del cujus. De igual forma, es el acto puro la institución de heredero forzoso, pues el artículo tiene por no puestas las modalidades que imponga al testador. Tampoco es válida la desheredación sujeta a condición, según el artículo 743° del Código Civil, pues si bien se le reconoce al testador la facultad de desheredar, sólo puede hacerlo por causal prevista en la ley. (VIDAL RAMIREZ, 2000)

Por ejemplo, que si el causante hubiera sido donatario de un bien y la donación estuviera afecta a un cargo, el deber de dicho cargo se transmite a los legitimarios no porque afecte a la legítima, sino porque está entroncado con el título de adquisición patrimonial con el causante (artículo 188° del C.C). Lo mismo ocurre con la condición o con el plazo, de suerte que, si el causante era titular de un derecho o propietario de un bien afectos a condición o a plazo, el legitimario que en pago de su legítima reciba tal bien o derecho los recibirá tal como estaban constituidos en el patrimonio de su causante y esto de ninguna manera puede estar sancionado.(LOHMANN LUCA DE TENA)

En síntesis, adonde apunta la norma es a no autorizar modalidades impuestas en el testamento que de una u otra manera hagan incierto (en el caso de la condición) el goce de la legítima o la percepción de la misma, o que lo limiten temporalmente (en el caso del plazo), o que lo hagan gravoso (en el caso del cargo). (LOHMANN LUCA DE TENA)

Respecto al comentario del artículo 733° del C.C., si bien es cierto se realizó de manera general de cada uno de las instituciones jurídicas que en éste se prescribe, el enfoque para el desarrollo de la presente tesis es respecto a la modalidad del acto jurídico, porque, el artículo bajo comentario establece que no se debe imponer modalidad, sin embargo, mi posición es contraria y de acuerdo a los capítulos precedentes de ésta investigación, la propuesta que tengo es que en el Perú se pueda implementar modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos, así como se regula para los herederos voluntarios y legatarios.

De lo señalado anteriormente, es preciso aclarar que al modificarse este artículo y de haber modalidades del acto jurídico impuestas en el testamento, en el Perú, éstas no deben ser ilícitas, físicamente imposible o jurídicamente imposible, no ir contra la moral, ni el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, las buenas costumbres, asimismo, no deben ir contra el valor del cargo, ni la libertad individual, ni contra el derecho a la vida, a la salud y a la reproducción libre. Es decir, que antes de fijar la última voluntad del testador habrá que analizar la naturaleza de la condición que desea imponer al heredero, porque no se admiten todo tipo de condiciones.

2.7 LAS MODALIDADES EN EL DERECHO COMPARADO APLICABLES A LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA

A. Código Civil Italiano.(MESSINEO, 1954)

- **Condición.**

- a) Como cualquier otro negocio jurídico, la disposición testamentaria comporta, en general, la posibilidad de condición suspensiva o resolutoria.

Artículo 633. Condición suspensiva o resolutoria.-*Las disposiciones a título universal o particular pueden hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria.*

La una y la otra puede ser negativa o afirmativa; potestativa, o causal, o mixta.

La condición puede afectar a una disposición singular o a varias, o bien al testamento entero. Cada condición sigue la propia suerte, en relación de accesoriedad con la disposición a la que sea puesta.

- b) La doctrina de la condición en el testamento se infiere, por lo demás de los principios que se tiene aquí por reproducidos, o sea, que la pendencia de la condición suspensiva hace (temporalmente) ineficaz el testamento y la verificación de la condición resolutoria lo hace (definitivamente) ineficaz; y hace ineficaces también las disposiciones testamentarias singulares.

Sin embargo, la ley dedica reglas especiales a las hipótesis de condición ilícita o imposible, y, en general, a la nulidad de la condición. (art. 634)

- c) Es nula la disposición hecha bajo la condición (puesta por el testador) de ser recíprocamente beneficiado en el testamento del instituido (o sustituido) (condición de reciprocidad o condición denominada captatoria) (art. 634)

Aquí, la condición vitatur et vitiat; de donde resulta la nulidad también de las disposiciones testamentarias correspondientes.

La norma contenida en el artículo 635, y la nulidad contenida en ella, no operan si resulta que el beneficio esperado por el testador y solicitado mediante la condición captatoria, estaba de hecho conseguido al tiempo del testamento, porque ya el instituido había espontáneamente favorecido, en el propio testamento, al disponente; falta, aquí, el carácter captatorio de la disposición, en cuanto la misma no puede obrar sobre el ánimo del instituido.

- d) En cambio, es ilícita, y, por tanto, nula – pero sin involucrar, en la nulidad, la correspondiente disposición testamentaria – condición que impida las primeras nupcias, o las ulteriores, del instituido.

Obsérvese que la ilicitud de la condición indicada – en cuyo ámbito se comprende, en particular, la prohibición de las nuevas nupcias (se denomina, la entonces, *conditio vitantis*) – no se restringe a la prohibición que se imponga, a cargo de un cónyuge, por el otro (testador), sino que se extiende a toda hipótesis, cualquiera que sea la relación personal que medie entre el testador y que prohíba las nupcias y el heredero; o sea, que la prohibición es ilícita aunque provenga de persona diversa del cónyuge.

Es ilícita en cambio, la condición (afirmativa) de desposar a una determinada persona y solamente a ella.

- e) Es ilícita, como condición que tiende a impedir la inmoralidad, la condición de no concubinato, o sea, lo subordina la institución de heredero del cónyuge superviviente a la circunstancia de que éste, durante su estado de viudez, no viva en concubinato. Tal condición puede ser puesta, tanto como suspensiva negativa, cuanto como resolutoria afirmativa.

- f) Es nula, también por ilicitud, la condición por la cual el testador venga a renunciar al poder de revocar o de modificar las disposiciones testamentarias (art. 679). Tal condición (denomina derogatoria) sería contraria a uno de los caracteres fundamentales del testamento; y el testamento, no obstante, aquella condición, puede ser válidamente revocado, o modificado, siempre en los modos de ley.
- g) En efecto la condición ilícita o imposible, deja inmune la disposición testamentaria, siempre que el testador haya ignorado la ilicitud o la imposibilidad de la condición. En cambio, si el testador conocía (elemento subjetivo) su ilicitud o imposibilidad – éste conocimiento se deducirá de la circunstancia de que la condición (imposible o ilícita) ha sido motivo único determinante de la disposición testamentaria, según el art. 626 (al que se remite en el art. 634).

Sin embargo, es posible que una disposición testamentaria contenga, al mismo tiempo una condición lícita y una ilícita; esta última no quitará validez a la condición lícita, y la condición ilícita se deberá considerar como no escrita, o bien invalidará también la disposición testamentaria.

- h) En el artículo 638, se regula la disposición testamentaria que se hace depender de condición puesta como potestativa suspensiva negativa (de no hacer o de no dar). La respectiva disciplina varía, según la hipótesis.

- Si el deber de no hacer o de no dar se deduce de la condición, sin determinación de tiempo (ejemplo, si Ticio no deja de residir en la ciudad durante toda su vida), la ley -dejando a salvo la hipótesis de que del testamento resulte una diversa voluntad – interpreta esta condición como si fuese potestativa resolutoria afirmativa (esto es, si Ticio deja de residir en la ciudad); y, en lugar de tener pendiente la adquisición de la herencia, atribuye al llamado dicha herencia durante el tiempo en que está pendiente la condición; pero con la consecuencia de que tal atribución quedará sin efecto si el hecho puesto en condición en forma afirmativa, se verifica.

De ello se sigue la posibilidad de que el juez, a instancia de los interesados, o sea, de los ulteriores llamados (cuando contemple la oportunidad de ello), imponga al heredero la prestación de una garantía (caución) a favor del ulterior llamado, para el caso de que la condición (considerada como resolutoria) se verifique (art. 639). Es condición, en efecto, es tal que puede verificarse en todo momento de la vida del llamado.

La instancia para la imposición de la caución a cargo del heredero bajo condición resolutoria, se propone (mediante recurso, escrito) al presidente del tribunal, si no existe juicio pendiente; el presidente, previa comparecencia de los interesados, fija por ordenanza las modalidades y el monto de la caución; la providencia es recurrible.

- Si la obligación de no hacer o de no dar se deduce en condición a tiempo determinado se está a la voluntad del testador; y, si la condición resulta puesta como suspensiva negativa, el llamado deberá esperar el vencimiento del término para poder adir la herencia; mientras que, si la misma resulta como resolutoria afirmativa y la herencia puede ser adquirida inmediatamente, se aplicará – si es el caso- el expediente de la prestación de la caución.

- i) La condición suspensivo potestativa sin que se indique el término de cumplimiento de ella, es válida, pero el interesado puede acudir al juez para que fije tal término. (art. 645)
- j) Si se verifica la condición resolutoria o llega a faltar la condición de suspensiva, la disposición testamentaria condicionada pierde eficacia y se sustituye otro llamado; que sea tal, o por eventual sustitución (ordinaria), o por ser heredero legítimo.
- k) El cumplimiento de la condición (válida) tiene efecto retroactivo, con la consecuencia de que el instituido bajo condición resolutoria se lo tiene como no llamado nunca y al instituido bajo condición suspensiva se lo tiene como llamado desde la apertura de la sucesión. Sin embargo,

el instituido bajo condición resolutoria está obligado a restituir los frutos, pero sólo desde el día en que se verifique la condición. (art. 646)

- **Término**

No es válido, y se tiene por no puesto, el término a partir del cual debe iniciar o cesar (terminus a quo, o terminus ad quem) el efecto de la disposición testamentaria a título universal (art.637).

En efecto el terminus ad quem iría contra el fundamental principio según el cual, quien es heredero (sucesor a título universal) una vez, no puede ya dejar de serlo; además, aquel término podría ocultar una sustitución fideicomisaria. Y el terminus a quo crearía la solución de continuidad en la titularidad de las relaciones jurídicas entre causante y heredero; continuidad, que la retroactividad de la aceptación quiere, en cambio, asegurar en todo caso.

La disposición testamentaria se considera, por consiguiente, dotada de eficacia sin límites, o respectivamente, como de inmediata eficacia, desconociéndose el término opuesto.

Por tanto, una implícita derogación al principio, contenido en el art. 637, se tiene en el caso de la sustitución fideicomisaria ilícita con respecto a la circunstancia de que, para el sustituido, el efecto de la disposición a título universal (muerte del instituido) comienza cuando llega el terminus a quo.

Diverso es el trato y lo es en el sentido de la admisibilidad, cuando el término (inicial o final) se ponga al legado.(MESSINEO, 1954)

- **El modus (o Carga)**

El modus (o carga) de dar, o de hacer (en cuanto al concepto y, en cuanto a las relaciones con el legado), es compatible con la institución de heredero, en el sentido de que grava la institución; y el juez (salvo diversa voluntad del testador) puede eventualmente imponer al instituido con carga una garantía o una caución (art. 647), en interés del beneficiario del modus.

El modus en el testamento es el medio técnico para beneficiar mortis causa a una persona, aun sin necesidad de llamarla a la sucesión en calidad de heredero o legatario.

Figuras de cargas son, entre otras, las previstas en los artículos 629 y 630, en cuanto a las disposiciones a favor del alma, o a favor de los pobres, se las debe configurar como cargas, puestas sobre el heredero (o el legatario)

El beneficiario del modus, cuando éste consiste en una obligación de dar o de hacer, es acreedor no de la herencia, sino del que sufre la carga (heredero o legatario).

Al modus imposible o ilícito se le da (art. 647, tercer párrafo) el mismo trato que a la condición imposible o ilícita, por el art. 634.

Para obtener el cumplimiento de la carga, puede accionar (también en juicio) cualquier interesado (art. 648 primer apartado) el beneficiario aun indirecto, los parientes del testador (aunque no sean coherederos testamentarios); etc. Y, puesto que el interés en accionar puede no ser interés propios, o no ser patrimonial o jurídico, sino interés moral, el círculo de los interesados en accionar, en el caso de modus incumplido, puede ampliarse, hasta comprender también a quien insta, para obtener que la última voluntad del testador reciba cumplimiento; así, podrá accionar indudablemente, el ejecutor testamentario, puesto que basta el interés en obtener la condena a cumplir.

En el caso de incumplimiento, no siempre hay posibilidad de constreñir a él a quien surge la carga (así, cuando la carga consista en un hacer infungible); en tales casos, si la resolución no ha sido prevista por el testador, no que más que pedir la condena del que sufre la carga al resarcimiento del daño.

Puede darse lugar al pronunciamiento (judicial) de resolución de la disposición testamentaria por incumplimiento de la carga, siempre que esa resolución haya sido prevista por el testador, o bien si resulte del testamento que el cumplimiento de la carga ha constituido, para el testador, el motivo único de la disposición (art. 648, segundo apartado).

La resolución implica caducidad de la disposición y decadencia de la institución de heredero.

El caso de la “resolución” de la disposición testamentaria por incumplimiento de modus, es el único caso de resolución del negocio mortis causa. La resolución opera, de ordinario, en los actos entre vivos, además, en el caso del negocio mortis causa hay de singular que la resolución de la disposición se produce después de la muerte del testador.

En sustancia de la ineficacia de la disposición testamentaria, de la que es accesorio el modus, y la consiguiente adquisición por parte del llamado, no depende directamente de la observancia del modus; la adquisición es inmediata; pero de tal observancia depende, en cambio, que la adquisición pueda conservarse (poder coercitivo del modus); en esto difiere la disposición testamentaria modal de la sometida a condición suspensiva.

Debe transcribirse, a los efectos del art. 2652, la demanda judicial de la resolución de la disposición testamentaria por falta de cumplimiento de la carga, cuando la carga incumplida se refiera a inmueble.

En el caso de resolución de la disposición testamentaria por incumplimiento del modus, la porción del heredero, si no tiene lugar el acrecimiento (art. 677, primer apartado), se defiere a los herederos legítimos.

Estos, sin embargo, se sustituyen en las obligaciones que grava sobre el heredero (salvo que se trate de obligaciones de carácter personal), lo que significa que la carga pasa a recaer sobre el que sustituye.

B. CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.(SUAREZ FRANCO, 2003)

• Asignaciones condicionales

Asignación condicional es aquella cuya efectividad jurídica depende de una condición. Por expresa disposición del artículo 1128° del Código Civil Colombiano, los “las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales”. El mismo artículo define a la asignación condicional como: “aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según las intenciones del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece, o si acaece el negativo”.

En efecto, de acuerdo con la norma citada las asignaciones condicionales testamentarias se sujetan, ante todo, a las disposiciones dadas en el título de las obligaciones condicionales, salvo disposición particular.

- **Requisitos:** la necesidad de un hecho futuro e incierto; la sujeción de la institución testamentaria a ese hecho futuro e incierto; el carácter voluntario, o sea convencional, del origen de la condición.

- **Condiciones potestativas, causales y mixtas.**

Si el suceso contemplado es por completo independiente de la voluntad de los interesados, la condición es casual, porque no depende del arbitrio de los hombres sino de la aventura o casualidad; la que cuelga del arbitrio o voluntad de la persona a quien se impone, se llama potestativa, y la dependiente en parte del arbitrio de la persona a quien impone y en parte del acaso o aventura, o de la voluntad de un tercero, es mixta (art.1534).

- La asignación bajo **condición suspensiva** es aquella cuya ejecución está sujeta a que se cumpla una condición. Si se tiene en cuenta el artículo 1136° del C.C.C, “las asignaciones testamentarias, bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de implorar las providencias conservativas necesarias. Si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno.

Cumplida la condición, no tendrá derecho a los frutos percibidos en el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiere expresamente concedido”. Según esto, en la asignación bajo condición suspensiva el heredero no recibe la asignación, pero con la incertidumbre de que tal asignación pueda pasar a la otra persona designada por el testador en la eventualidad de cumplirse el hecho futuro e incierto constitutivo de la condición.

- Se entiende por asignación sometida a **condición resolutoria** aquella en que se entrega la asignación en forma pura y simple al asignatario desde el primer momento; pero el asignatario perderá el bien en favor de un tercero u otro asignatario, en caso de verificarse la condición.

- **Condición de no impugnar el testamento.** Según el artículo 1131° del Código Civil Colombiano, “La condición de no impugnar el testamento, impuesta a un asignatario, no se extiende a las demandas de nulidad, por algún defecto en su forma”. Lo anterior se debe a que las formalidades de los actos jurídicos son de orden publico y de consiguiente no se puede limitar por voluntad de las partes.

- **Condición de no casarse.** No obstante, en los términos del artículo 1136° del C.C.C, la condición de casarse con una determinada persona, valdrán. Cualquiera de las eventualidades hasta ahora previstas, en cuanto a las condiciones relacionadas con el matrimonio, sólo tendrán efectividad sobre aquellas instituciones testamentarias que no se refieran a la asignación forzosa sino a la parte de los bienes en que el causante tenga la libre disposición de ellos. Por tanto, no podrá someter a esta condición a los que correspondan por legítimas o por porción conyugal. Y sólo podrá hacerlo respecto de la cuarta de mejoras cuando con la asignación condicional pretenda mejorar a uno de sus descendientes específicamente, caso del cual, ante el incumplimiento de la condición, se desprenda de la asignación.

- **Condición de permanecer en la viudedad.** La condición de permanecer en estado de viudez, en los términos del artículo 1133° del C.C.C., no valdrá en principio. Sin embargo, la misma norma se encarga de consagrar la excepción a esta regla general, cual es la de que tal condición si tendría validez en la eventualidad de que el asignatario beneficiado con la herencia o legado, sometido a tal condición, tenga hijos que estén bajo patria potestad de su matrimonio disuelto por la muerte de su cónyuge al tiempo de deferírsele la asignación.

- **Condición de abrazar un estado o una profesión cualquiera.** Con la vigencia de la Constitución de 1991 de Colombia, la cuestión ha sido definida por el artículo 26 al prescribir que “toda persona es libre de escoger profesión u oficio”; de tal manera que cualquier institución que vulnere este derecho está viciada.

- **Condición de no enajenar.** Puesta de manera escueta y sin limitación alguna, no es admisible legalmente en cuanto a bienes raíces se refiere cuando con ello se violen ordenamientos de la prescripción. La condición de no enajenar envuelve una prohibición relativa, vale decir, limitada por el tiempo, es válida.

- **Asignaciones a día (a Término).**

- Son aquellas que limitan a plazos o a días la exigibilidad o la ejecución del derecho incorporado a ellas.
- El plazo, como lo dispone el artículo 1551 del Código, es el lapso de tiempo que se fija para el cumplimiento de la obligación; en nuestro caso, para que el asignatario haga efectivo su derecho incorporado a la institución testamentaria.
- El plazo es expreso cuando aparece de manera concreta estipulado en el acto o contrato; es tácito el indispensable para que el heredero pueda cumplir con la institución testamentaria; el judicial, en los casos especiales, lo fija el juez.
- Para el caso de la sucesión por causa de muerte el plazo puede ser cierto y determinado si necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como tantos días, un numero de meses, un año, etc.; lo que hace que el plazo sea determinado es que permite que con los criterios que se fijen en el testamento se pueda precisar exactamente la exigibilidad de la asignación o su extinción.
- El plazo es cierto pero indeterminado si necesariamente debe llegar, pero no se sabe cuándo, cómo sería el caso del día de la muerte de una persona.

- Es incierto pero determinado, si puede llegar o no; pero suponiendo que haya de llegar se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años.
- El plazo es incierto pero indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuando, como el día en que una persona se case.
- Asignaciones sometidas a plazo suspensivo. En estas no se suspende la existencia misma de la asignación, puesto que esta nace o surge ante el derecho, sino que se suspende su exigibilidad.
- El artículo 1142 del Código Civil señala que: “La asignación desde día cierto y determinado, da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada, y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día”.
- Asignaciones sometidas a plazo resolutorio. En tal caso, el Código Civil le da el tratamiento de usufructo. Así, el artículo 1145, prescribe: “La asignación hasta día cierto, sea determinado o no, constituye un usufructo a favor del asignatario”.

• De las asignaciones de modo específico (con carga)

Conforme al artículo 1147 del Código Civil: “Si se asigna algo a alguna persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada”.

Según la Corte “es de la esencia, en las asignaciones modales, la entrega al instituido para que los bienes los haga suyos; el modo no constituye una condición o requisito para la adquisición del derecho ni tampoco es un plazo; el testador le asigna los bienes en propiedad con la carga de aplicarlos al objeto o fin principal indicado por el causante”.

Elementos constitutivos del modo.

- El causante constituyente. Es la persona que, por medio del testamento, instituye la asignación de mera liberalidad, vale decir, distinta de la forzosa, en favor del heredero o legatario, y sobre la cual justifica el establecimiento del modo.
- el heredero o legatario. Es el intermediario en el modo, es la persona instituida con una asignación, llámese herencia o legado, pero a quien a su vez se le impone un gravamen o carga, consistente en cumplir con una obligación de dar o de hacer algo en beneficio de otra.
- El beneficiario. Es la persona a quien de manera directa beneficia la obligación impuesta al heredero o legatario, que se traduce en bienes o en dinero, cuando se trata de obligaciones de dar o en la actividad a su favor que debe desarrollar el asignatario obligado, cuando se trata de obligaciones o cargas de hacer.

Cláusula resolutoria.

- Se entiende por cláusula resolutoria en las asignaciones modales, la obligación impuesta por el testador al heredero o legatario de restituir la cosa causa de la carga y sus frutos, en el caso de no cumplirse el modo.
- La cláusula resolutoria debe instituirse de manera expresa en el testamento; de no ser así, ella no se presume. Es entonces una estipulación que en el fondo incluye una sanción para el asignatario renuente a cumplir el modo.

Clasificación de los modos.

- Por razón de la persona del beneficiario, los modos pueden ser.
 - En favor del propio testador.
 - En beneficio del asignatario.

- En favor de un tercero.

b) Según la posibilidad de cumplir el modo.

De acuerdo al artículo 1151 del Código Civil son las siguientes:

- El modo que por su naturaleza es imposible, o inductivo a hechos ilegales o inmorales, no tiene valor.

- El modo que sin el hecho o culpa del asignatario se torna de imposible cumplimiento en la forma prevista por el testador, podrá cumplirse de otra manera análoga que no altere la sustancia de la disposición; en tal caso se requiere la aprobación del juez con citación de los interesados.

- El modo que sin el hecho o culpa del asignatario se hace imposible, se considera inexistente. En consecuencia, la asignación vale sin el gravamen. En esta forma se ha querido proteger a la asignación en sí. Entonces, para el legislador, la realidad la tiene la asignación sobre la carga.

Ejecución del modo.

El artículo 1152 del Código Civil señala el criterio aplicable para efectos del cumplimiento del modo en los casos en que el testador no determine la forma o el tiempo especial para hacerlo.

En tal eventualidad deberá ante todo consultarse la voluntad del causante, lo cual sólo será posible a través del texto del testamento mismo, oyendo a personas allegadas al mismo. Con respecto a la cuantificación del modo el juez será quien lo haga, dejando el asignatario modal un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor asignado.

C. CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.(O´CALLAGHAN MUÑOZ, 2012)

El Código Español, después de estipular que “Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición”.

Establece en el artículo 791° que “Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales”.

Sobre la condición potestativa, se establece en el artículo 795° del Código Civil Español, que “la condición puramente potestativa impuesta al heredero o legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador. Excepto el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse”. Por otro lado, si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuere negativa, o de no hacer o no dar, cumplirán con afianzar que no harán o no darán lo que fue prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido con sus frutos e intereses (art. 800). Con respecto a la condición causal o mixta, bastará que se realice o cumpla en cualquier tiempo, vivo o muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa. Si hubiese existido o se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida. Si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir o cumplirse de nuevo (art. 796).

El artículo 799° del C.C.E, señala que “la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento”. Pero si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse. Lo mismo se hará cuando el heredero o legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior. (art. 801).

El artículo 805 del C.C.E, señala que “será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado. En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido”.

Con respecto a las condiciones que no se pueden imponer a los herederos, en el Derecho Español, el artículo 792, establece que “Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa”. Asimismo, la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste. Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión, o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo (art. 793). Por último, será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona (art. 794).

2.8 HIPÓTESIS

2.8.1 Hipótesis General.

Es necesario regular la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su vía legítima vía testamentaria en el Perú, toda vez que permitiría respetar la autonomía privada de la voluntad y, mantener la unidad del patrimonio hereditario.

2.8.2 Hipótesis Específica.

Es factible respetar la última voluntad del causante respecto a sus herederos forzosos al momento de percibir su legítima vía testamentaria siempre que no sea contrarias a la ley, el orden público y las buenas costumbres; así como deberían ser física y jurídicamente posibles.

CAPÍTULO III

III. MARCO METODOLÓGICO

3.1 ENFOQUE

La presente tesis es de carácter cualitativo, porque tiene como finalidad explicar los motivos que hacen necesario modificar los artículos 733 y 736 del Código Civil, que regulan la intangibilidad de la legítima, y la forma de instituir al heredero forzoso, siendo que las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas.

3.2 DISEÑO

El diseño de investigación es Dogmática y Documental, porque los datos servirán para poder responder al problema de investigación, en principio lo vamos a obtener de una fuente de información como son el artículo 733 y 736 del Código Civil y las distintas legislaciones extranjeras relacionadas al tema de investigación.

En la investigación se utilizará el método de la investigación analítico por cuanto se tomará en cuenta si la legislación extranjera se puede aplicar en nuestra legislación.

3.3 NIVEL

La presente tesis es de carácter descriptivo, ya que se analizará y buscará recolectar información que permita desarrollar y determinar si es aplicable implementar las modalidades del acto jurídico en la última voluntad del testador respecto a sus herederos forzosos.

3.4 TIPO

El tipo de estudio que se utilizará en la presente investigación será teórico – práctica, con la finalidad de demostrar que los artículos 733 y 736 del Código Civil deben ser modificados, siendo factible respetar la última voluntad del causante en su testamento.

3.5 SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.5.1 El Universo: Jueces Civiles del Poder Judicial.

3.5.2 Población: Jueces Civiles de la Corte Superior de Justicia de Piura.

3.5.3 Muestra: Cinco Jueces de los Juzgados Civiles de Piura.

3.6 MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS

- a) Método Inductivo, a través del cual se analizará la legislación española, colombiana e italiana en materia de derecho de sucesiones con la finalidad de poderlos aplicar en nuestra legislación.

- b) Método Documental – Bibliográfico, a través del cual se podrá analizar y estudiar la ley italiana, colombiana y española.
- c) Método Analítico, a través del cual se analizará si es posible aplicar modalidades del acto jurídico en el testamento del causante, pretendiendo condicionar a sus herederos forzosos para percibir su legítima.
- d) Método Dogmático, para la elaboración del presente trabajo se utilizará doctrina jurídica relacionada al acto jurídico y derecho de sucesiones, específicamente en el punto de sucesión testamentaria, para de esta manera dar respuesta al problema planteado. Se efectuará una actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina, en mérito a la doctrina de los más destacados autores nacionales e internacionales, las principales expresiones jurisprudenciales con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización.
- e) Método Empírico o de campo, a través del cual se busca analizar cómo la modificación del Art. 733 del Código Civil incide en la vida de los herederos forzosos.

El procedimiento utilizado en la presente investigación es el de Análisis documental – bibliográfico; a fin de fundamentar científicamente nuestra investigación se hará uso de libros, informes y publicaciones.

3.7 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

La técnica a emplearse en la presente investigación, será aquella que privilegie los documentos, a fin de analizar minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de investigación, por lo que se empleará lo siguiente:

1. **Fichaje:** a través del Fichaje Bibliográfico se compilará todo lo que se ha escrito directa o indirectamente sobre la Implementación de las Modalidades del Acto Jurídico en la última voluntad del causante respecto a sus herederos forzosos, llegando a tener una postura respecto a la investigación.
2. **Recolección y Análisis de Datos:** por medio de esta técnica se analizará minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de nuestra investigación.
3. **Entrevistas:** a través del cual se realizará entrevistas a los jueces civiles de la jurisdicción de Piura con la finalidad de conocer la estadística de casos en nuestra ciudad referentes al tema.

CAPITULO IV

IV. PROBANZA DE HIPOTESIS

4.1 PROBANZA JURÍDICO – SOCIAL – DOCTRINAL

El derecho de sucesiones en nuestro ordenamiento jurídico, está relacionado con cada uno de los libros que éste contiene, por lo que es importante actualizar y tener en cuenta la realidad que se vive en nuestro país, en el caso específico de las personas que acumulan una fortuna y desean que sus descendientes puedan desarrollarse personal y profesionalmente, se ven en la necesidad de elaborar un testamento en el que se plasme la última voluntad, siendo la libertad para testar la posibilidad que se le otorga a una persona para poder disponer de su patrimonio para el tiempo posterior a su muerte.

Se puede establecer que cuando vamos a realizar un testamento se posee autonomía privada, es decir, la libertad que tiene una persona para autorregularse, sin embargo, esto no puede convertirse en liberalismo, es por ello que el Estado se encuentra obligado a prevenir o evitar el ejercicio abusivo de esta potestad, teniendo que establecer límites, como no vulnerar las normas de carácter imperativas, el orden público y las buenas costumbres; para poder salvaguardar los derechos de otras personas.

En el Código Civil Peruano, se distingue dos maneras de suceder, que son la sucesión testamentaria y la sucesión intestada, pero no enfocamos en la primera, debido a que sólo en ésta sería factible la imposición de modalidades por parte del testador hacia los herederos forzosos. Se podría establecer que la sucesión testamentaria es aquella que nace de la voluntad del testador, mediante el cual éste dispone libremente a quien dejará su patrimonio o parte de éste, sin embargo, no es del todo cierto que el causante pueda disponer libremente de su patrimonio, debido a que existe una regulación que no lo permite.

Los herederos forzosos no pueden ser excluidos de su legítima salvo en los casos señalados por ley (desheredación o indignidad). De igual manera sucede con la implementación de modalidades en los testamentos, sin embargo, es una figura que se debe tener en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico debido a que esta figura no es para despojar a los herederos de su legítima, los padres no desean quitar la legítima que le corresponde a sus herederos forzosos, salvo en los casos ya señalados en el párrafo anterior, lo que buscan es que sus herederos cumplan con determinadas exigencias, con el afán de buscar que sus hijos, por ejemplo, puedan seguir o concluir una carrera técnica o universitaria, no dedicarse a realizar actos ilícitos o que vayan contra las buenas costumbres y que puedan realizarse como persona y profesional por el bienestar de él y su familia.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley; sin embargo, también prescribe que el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, ni imponer modalidad y que, si se imponen modalidades por el testador, se tendrán por no puestas.

En la presente investigación se ha realizado una encuesta a cinco (05) Jueces Civiles pertenecientes a los Juzgados Civiles de la jurisdicción de Piura, así tenemos:

Tabla 1. Población encuestada

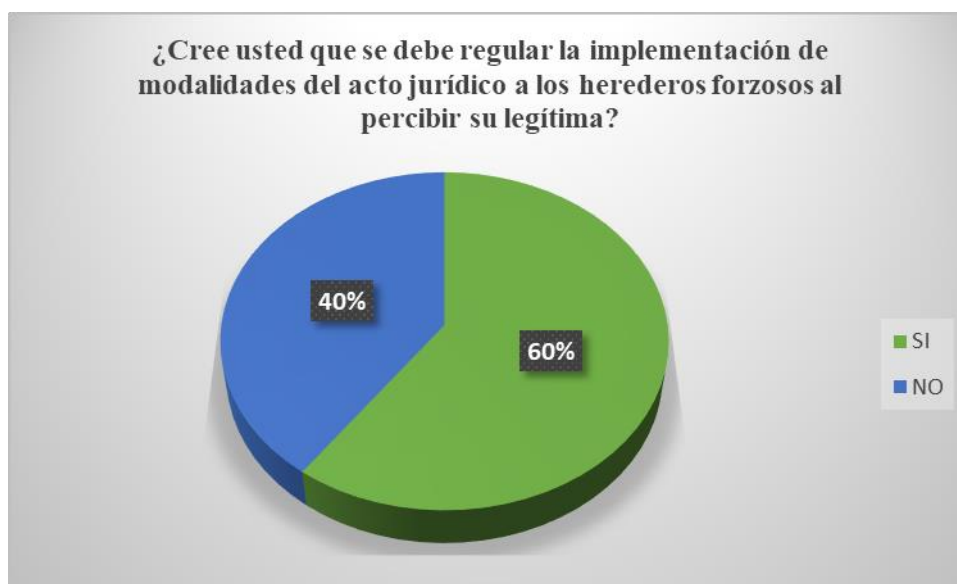
PERSONAS ENCUESTADAS	N°
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO CIVIL	01
JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO CIVIL	01
JUEZ DEL TERCER JUZGADO CIVIL	01
JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL	01
JUEZ DEL QUINTO JUZGADO CIVIL	01
TOTAL	05

¿Cree usted que se debe regular la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima?

Tabla 2.IMPLEMENTACION DE MODALIDADES DEL ACTO JURIDICO A LOS HEREDEROS FORZOSOS

PERSONAS ENCUESTADAS	SI	NO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO CIVIL	X	
JUEZ DEL TERCER JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL	X	
JUEZ DEL QUINTO JUZGADO CIVIL	X	
TOTAL	03	02

Gráfico 1.



- **Interpretación:** En este gráfico, se percibe que la mayoría de los cinco jueces de la jurisdicción de Piura, coinciden en que debería regularse la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al momento de percibir su legítima.
- **Comentario:** La disposición de la legítima por el testador a favor de sus herederos forzosos, es un acto jurídico unilateral voluntario, por lo tanto, puede conllevar a que se

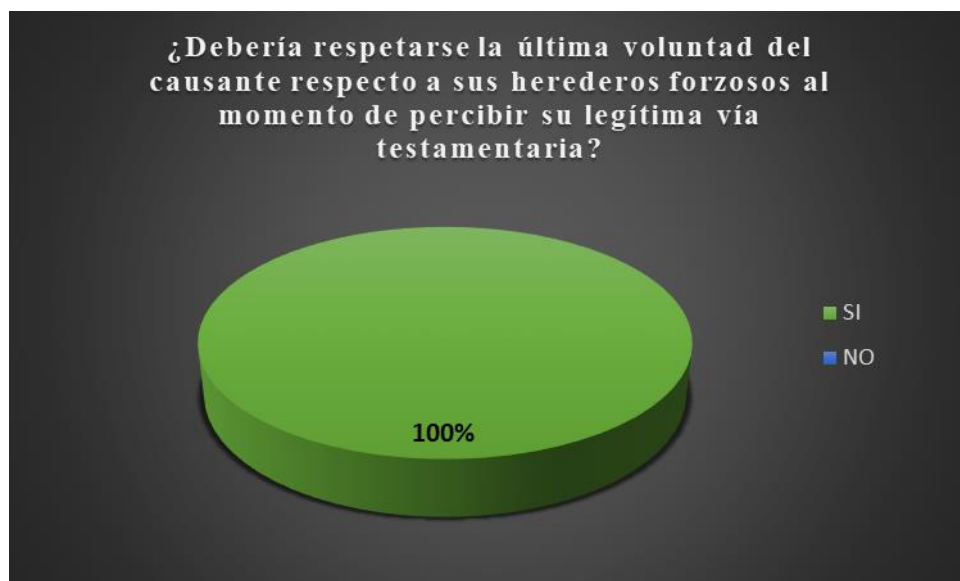
implemente condiciones, modos y cargas que limiten el acceso a la herencia o que la condiciones, siempre y cuando no desprotejan ni vulneren los derechos hereditarios de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Por lo tanto, si en nuestra regulación se permitiera la implementación de modalidades en las disposiciones testamentarias a los herederos forzosos, éstas se regirán por el libro II del Código Civil Peruano, respecto a modalidades del acto jurídico, siendo que las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero, aun cuando el testador disponga otra cosa; por lo tanto, es factible regular las modalidades

¿Debería respetarse la última voluntad del causante respecto a sus herederos forzosos al momento de percibir su legítima vía testamentaria?

Tabla 3. RESPETO A LA ULTIMA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

PERSONAS ENCUESTADAS	SI	NO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO CIVIL	X	
JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO CIVIL	X	
JUEZ DEL TERCER JUZGADO CIVIL	X	
JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL	X	
JUEZ DEL QUINTO JUZGADO CIVIL	X	
TOTAL	05	0

Gráfico 2.



- **Interpretación:** Se puede apreciar, en esta segunda pregunta, que los cinco jueces opinan que sí se debería respetar la última voluntad del causante respecto a sus herederos forzosos al momento de percibir su legítima vía testamentaria.

Comentario: Según Hernandez Fraga, la autonomía de la voluntad es un principio básico del Derecho contractual. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerar como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos. Sin embargo, independientemente de ser considerada como

uno de los principios más importantes en el Derecho Civil, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho. Dichas restricciones se manifiestan en forma de límites y limitaciones”.

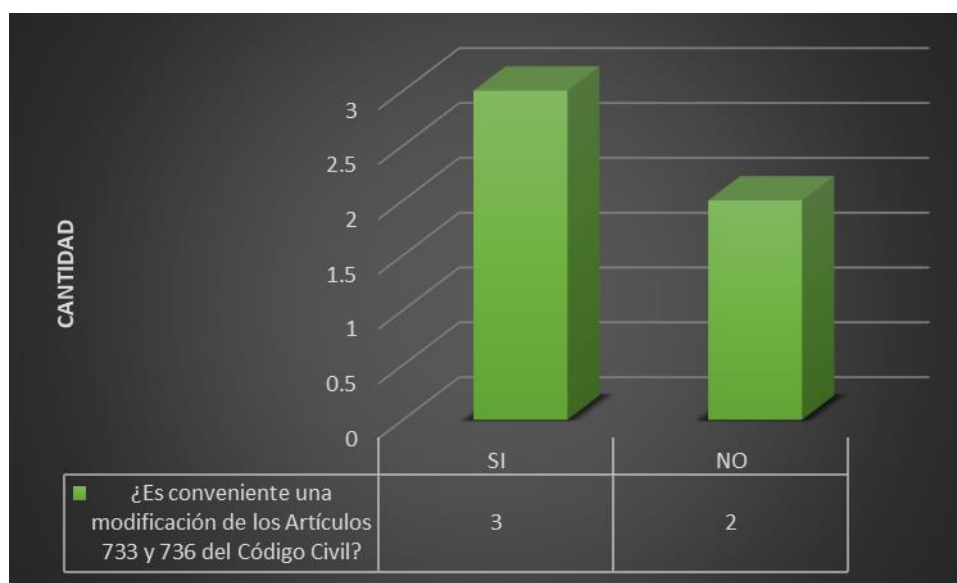
La autonomía de la voluntad del causante, debe respetarse, siempre que no rebase el marco legalmente establecido, de lo contrario, podría suceder que los herederos forzosos perjudicados demanden la nulidad del testamento.

¿Es conveniente una modificación de los Artículos 733 y 736 del Código Civil?

Tabla 4.MODIFICACION DE LOS ARTS. 733 Y 736 DEL CODIGO CIVIL

PERSONAS ENCUESTADAS	SI	NO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO CIVIL	X	
JUEZ DEL TERCER JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL	X	
JUEZ DEL QUINTO JUZGADO CIVIL	X	
TOTAL	03	02

Gráfico 3.



- **Interpretación:** La mayoría de los jueces civiles de la ciudad de Piura opina que sí es conveniente una modificación respecto a los articulo en mención, coincidiendo en que debería permitirse al causante imponer modalidades del acto jurídico a sus herederos forzosos.
- **Comentario:** Sobre esta modificación, señala Augusto Ferrero en su propuesta de reforma de algunos artículos del libro de Sucesiones del Código Civil, “El artículo 733 agrega que, sobre la legítima, el testador no puede imponer gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. La modalidad está referida a la condición, plazo y el cargo, que son las modalidades del acto jurídico. La negación de la sustitución significa que el testador está impedido a imponer otro heredero como sustituto, sobre esa parte. En cuanto al gravamen, no nos parece que el legislador ha utilizado el término apropiado, pues si el testador puede disponer a título oneroso de todos sus bienes, igualmente puede gravarlos. Esta

terminología viene del Código derogado (artículo 705), el cual la tomó del Código español (artículo 813), y probablemente se refiere al cargo, pero al ser éste una modalidad del acto jurídico, se incurre en redundancia por estar ya mencionada ella.”

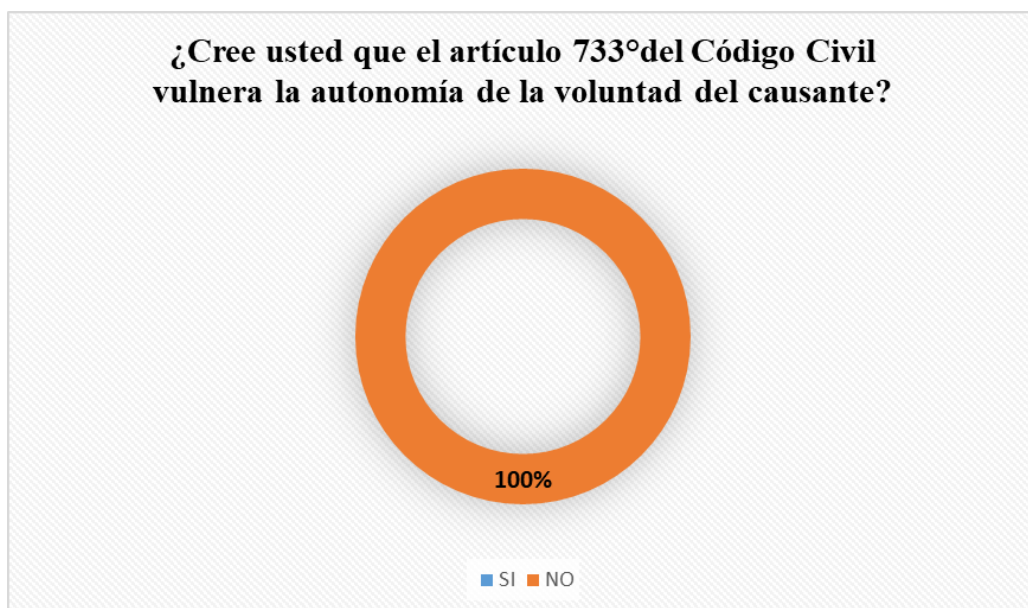
El Código Civil prescribe causales de indignación y desheredación, como opciones para el causante de disponer de su propiedad respecto a sus herederos forzosos, siendo una forma de castigo por los actos de éstos que conllevan a que el causante tome esta decisión de apartarlos de su herencia; sin embargo, ¿qué sucede si sus herederos forzosos no incurren en ninguna de las estas causales, pero el causante decide aun así apartarlos de su herencia? mediante esta modificación, lo que se pretende es precisamente hacer que la última decisión del causante sea protegida y reconocida.

¿Cree usted que el artículo 733° del Código Civil vulnera la autonomía de la voluntad del causante?

Tabla 5. VULNERACION DEL ART. 733 A LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

PERSONAS ENCUESTADAS	SI	NO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL TERCER JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL QUINTO JUZGADO CIVIL		X
TOTAL	0	05

Gráfico 4.



- **Interpretación:** En esta pregunta, todos los participantes opinan en que el artículo 733 del Código Civil no vulnera la autonomía de la voluntad del causante.
- **Comentario:** Como bien menciona Luca de Tena “no se le permite al testador privar de la legítima a sus parientes considerados como herederos forzosos. Privar de la legítima equivale despojar, quitar, negar el acceso a ella. Lo que el legislador ha querido, en suma, es evitar que, mediante disposiciones testamentarias, el testador impida (adrede o involuntariamente) que el forzoso reciba todo lo que legítimamente debiera corresponderle.” Asimismo, considero que se protege a la familiar, ya que no se prohíbe al testador para que disponga de sus bienes como crea conveniente, siempre que con ello no afecte la percepción de la alícuota y que el contenido que se asigna a la misma, no este gravado. La norma apunta a no autorizar modalidades impuestas en el testamento de que

una u otra manera hagan incierto (en el caso de condición) el goce de la legítima, o la percepción de la misma, o que se lo limite temporalmente (en caso de plazo) o que coloquen cargos, como también sostiene Luca de Tena.

¿Existe carga procesal en su despacho respecto al tema de investigación?

Tabla 6.EXISTENCIA DE LA CARGA PROCESAL DEL PROBLEMA

PERSONAS ENCUESTADAS	SI	NO
JUEZ DEL PRIMER JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL TERCER JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL		X
JUEZ DEL QUINTO JUZGADO CIVIL		X
TOTAL	0	05

Gráfico 5.



- **Interpretación:** No existe carga procesal respecto al tema de investigación en los juzgados civiles de Piura.

CONCLUSIONES

1. El testamento es un acto jurídico, mediante el cual el causante declara su última voluntad y hace un llamamiento a los herederos, para así poder disponer de sus bienes, sin embargo, ésta disposición será total o parcialmente de acuerdo a la potestad del testador, pero dentro de los límites que otorga la ley, debido a que esta disposición de bienes por parte del testador no debe vulnerar las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.
2. La modificación de los artículos 733 y 736 del Código Civil, respecto a la imposición de modalidades a los herederos forzosos en el testamento, no busca privar al heredero de su legítima, sino que se pueda implementar modalidades del acto jurídico dentro de los límites que la ley otorga.
3. La herencia está protegida constitucionalmente, la legítima forma parte de la herencia que no se puede privar y le corresponde a los herederos forzosos, sobre la que no se puede imponer modalidades.
4. La imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria, en el Perú, no puede ir contra el orden público, las buenas costumbres, la mora, la seguridad nacional y el bienestar común, asimismo, deben tener un fin lícito, ser física y jurídicamente posible.
5. Al implementar modalidades a los herederos forzosos en el testamento, se obtendrán ventajas tributarias, laborales y económicas para nuestra sociedad.
6. Resulta necesaria la modificación del libro de Derecho de Sucesiones, para que se puedan implementar modalidades del acto jurídico tales como la condición, cargo y plazo, a los herederos forzosos en el testamento.
7. En el Derecho comparado, la implementación de modalidades del acto jurídico, no tiene el mismo tratamiento legal que en nuestro país, en la legislación italiana se prescribe que las disposiciones a título universal o particular pueden hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria; la legislación colombiana señala que las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales y por último en la legislación española establecen que las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición, y que las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en la sección de derecho de Sucesiones, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

RECOMENDACIONES

1. El libro de Derecho de Sucesiones necesita ser modificado con respecto a la implementación de modalidades del acto jurídico en el testamento a los herederos forzosos.
2. El legislador debe modificar el Libro de Derecho de Sucesiones del Código Civil, específicamente el artículo 733°, en el que se establece que el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos.
3. Asimismo, se debe modificar el artículo 736° del Código Civil, señalando que las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.

PROPUESTA LEGISLATIVA

CODIGO CIVIL VIGENTE	PROPUESTA TEXTO SUSTITUTORIO
Artículo 733.- El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los herederos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.	Artículo 733.- El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer gravamen, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.
Artículo 736.- La institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas.	Artículo 736.- Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.

BIBLIOGRAFÍA Y LINKOGRAFÍA

- ABOGADOS DE HERENCIA. (JUNIO de 2015). Obtenido de <http://www.abogadosdeherencias.pe/la-sucesion-en-el-derecho-en-el-peru/>
- ACEDO PENCO, Á. (2014). *DERECHO DE SUCESIONES: EL TESTAMENTO Y LA HERENCIA*. MADRID: EDITORIAL DYKINSON.
- AGUILAR LLANOS, B. (2014). *MANUAL DE DERECHO DE SUCESIONES*. LIMA: PACIFICO EDITORES S.A.C.
- ASOCIADOS., O. &. (s.f.). *Derecho de Familia*. Obtenido de <http://www.abogadodefamilia.com.ar/herencia.htm>
- CLEMENTE ROTHFUSS, T. B. (2015). *El principio de Autonomía privada y la legítima en el Derecho Sucesorio Peruano: ¿En qué medida aplicando el principio de autonomía privada, debe permitirse al testador disponer libremente de los montos de la legítima a favor de los herederos forzosos?* Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
- CÓDIGO CIVIL. (2016). Jurista Editores.
- DE LA FUENTE HONTAÑÓN, R. (2017). *Algunas propuestas modificatorias al Libro IV de sucesiones. La introducción de la sustitución fideicomisaria en el Código Civil peruano de 1984*. Piura: Universidad de Piura.
- DE LA FUENTE HONTAÑÓN, R. (2017). *La delimitación del plazo y la condición testamentaria en el ámbito registral: ¿Es posible otorgar un testamento bajo condición resolutoria?* Piura: Universidad de Piura.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (2010). *DERECHO SUCESORIO - SEGUNDA EDICION*. SANTIAGO DE CHILE: ABELEDO PERROT.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *ius et veritas*, 302-313.
- FERRERO, A. (2002). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Lima: Editora Juridica Grijley E.I.R.L.
- GARGOLIO ARCE, J. (09 de ABRIL de 2016). *BIBLIOTECA JURIDICA VIRTUAL*. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/view/6805/6111>
- HINOSTROZA MINGUEZ, A. (2014). *Derecho de Sucesiones: 4ta edicion actualizada*. Perú: IDEMSA-Editorial Moreno S.A.
- JARA QUISPE, R. (2009). *Manual del Derecho de Sucesiones*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- LANATTA, R. (s.f.). *DERECHO DE SUCESIONES: TOMO II*. Desarrollo S.A.
- LLAURI ROBLES, B. M. (2011). *Monografias.com*. Obtenido de <https://www.monografias.com/trabajos89/la-sucesion-testamentaria/la-sucesion-testamentaria.shtml>
- LOHMANN LUCA DE TENA, G. (s.f.). *CODIGO CIVIL COMENTADO*. LIMA: GACETA JURIDICA.
- MESSINEO, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial - Código Civil Italiano Tomo VII*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America.

- MIRANDA CANALES, M. (1996). *MANUAL DE DERECHO DE SUCESIONES*. LIMA: EDICIONES JURÍDICAS.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Compendio de Derecho Civil Tomo V: Derecho de Sucesiones*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A.
- OSSORIO, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasa S.R.L.
- PEREZ CONTRERAS, M. (2010). *Derecho de Familia y Sucesiones*. Mexico: Nostra Ediciones.
- PEREZ LASALA, J. L. (s.f.). *FUNDAMENTO DEL DERECHO DE SUCESIONES*. BARCELONA, ESPAÑA.
- PUIG PEÑA, F. (1976). *COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. TOMO IV*. MADRID: MADRID EDICIONES: PIRAMIDE S.A.
- RIVERA ORÉ, J. (2005). *Manual del Acto Jurídico*. Lima: Lima: Ediciones Juridicas.
- SUAREZ FRANCO, R. (2003). *Derecho de Sucesiones. Cuarta Edicion*. Bogotá, Colombia.: Editorial Temis S.A.
- TORRES VASQUEZ, A. (2012). *Acto Juridico*. Lima: San Marcos.
- UNAM, M. (s.f.). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/17.pdf>
- VIDAL RAMIREZ, F. (2000). *Acto Juridico*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- ZAMBRANO DE NOVAK, V. (s.f.). *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.

ANEXOS

Anexo 1. MATRIZ BÁSICA DE CONSISTENCIA

Título del Proyecto:

“LA IMPLEMENTACIÓN DE MODALIDADES DEL ACTO JURIDICO A LOS HEREDEROS FORZOSOS QUE PERCIBEN SU LEGITIMA VIA TESTAMENTO EN EL PERÚ”

Nombre del Tesista:

ROSSELYN YENURI ACHA SALAZAR

	PREGUNTAS	HIPÓTESIS	OBJETIVO
General	¿Es necesario regular la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria, en el Perú?	Sí, sería necesaria regular la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria, porque permitiría respetar la autonomía privada de la voluntad y mantener la unidad del patrimonio hereditario.	Determinar si resulta necesario regular la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria.
Específica	¿Es factible respetar la última voluntad del causante respecto a sus herederos forzosos al momento de percibir su legítima vía testamentaria?	Sí, sería factible respetar la última voluntad del causante respecto a sus herederos forzosos al momento de percibir su legítima vía testamentaria, siempre que no sea contraria a la ley, el orden público y las buenas costumbres.	Determinar si es factible respetar la última voluntad del causante respecto a sus herederos forzosos al momento de percibir su legítima vía testamentaria.

ANEXO 2. ENCUESTA – JUECES CIVILES

Entrevistado:

Cargo/grado académico:

Institución:

Fecha:/...../.....

Instrucciones: La presente encuesta está formada por cinco preguntas referentes al tema de “La implementación de modalidades del Acto jurídico a los herederos forzosos que perciben su legítima vía testamento en el Perú”.

A cada pregunta se contestará con SI o NO, trazando una X sobre el recuadro. Asimismo, sobre las líneas punteadas se argumentará el POR QUÉ de la respuesta.

1.- ¿Cree usted que se debe regular la implementación de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima? ¿Por qué?

SI
☐
NO
☐

.....
.....
.....
.....
.....
.....

2.- A su opinión, ¿Debería respetarse la última voluntad del causante respecto a sus herederos forzosos al momento de percibir su legítima vía testamentaria? ¿Por qué?

SI
☐
NO
☐

.....
.....
.....
.....
.....
.....

3.- Según su opinión, ¿Es conveniente una modificación de los Artículos 733 y 736 del Código Civil, artículos base de esta investigación? ¿Por qué?

SI
☐
NO
☐

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....

4.- ¿Cree usted que el Artículo 733° del Código Civil vulnera la autonomía de la voluntad del causante? ¿Por qué?

☐ SI

☐ NO

.....
.....
.....
.....
.....
.....

5.- ¿Existe carga procesal en su despacho respecto al tema de investigación? Si su respuesta es positiva, ¿Cuántos casos aproximadamente recibe anualmente?

☐ SI

☐ NO

.....
.....
.....
.....
.....
.....

INICIATIVA LEGISLATIVA

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El derecho de sucesiones en nuestro ordenamiento jurídico, está relacionado con cada uno de los libros que éste contiene, por lo que es importante actualizar y tener en cuenta la realidad que se vive en nuestro país, en el caso específico de las personas que acumulan una fortuna y desean que sus descendientes puedan desarrollarse personal y profesionalmente, se ven en la necesidad de elaborar un testamento en el que se plasme la última voluntad, siendo la libertad para testar la posibilidad que se le otorga a una persona para poder disponer de su patrimonio para el tiempo posterior a su muerte.

Se puede establecer que cuando vamos a realizar un testamento se posee autonomía privada, es decir, la libertad que tiene una persona para autorregularse, sin embargo, esto no puede convertirse en liberalismo, es por ello que el Estado se encuentra obligado a prevenir o evitar el ejercicio abusivo de esta potestad, teniendo que establecer límites, como no vulnerar las normas de carácter imperativas, el orden público y las buenas costumbres; para poder salvaguardar los derechos de otras personas.

En el Código Civil Peruano, se distingue dos maneras de suceder, que son la sucesión testamentaria y la sucesión intestada, pero nos enfocamos en la primera, debido a que sólo en ésta sería factible la imposición de modalidades por parte del testador hacia los herederos forzosos. Se podría establecer que la sucesión testamentaria es aquella que nace de la voluntad del testador, mediante el cual éste dispone libremente a quien dejará su patrimonio o parte de éste, sin embargo, no es del todo cierto que el causante pueda disponer libremente de su patrimonio, debido a que existe una regulación que no lo permite.

Los herederos forzosos no pueden ser excluidos de su legítima salvo en los casos señalados por ley (desheredación o indignidad). De igual manera sucede con la imposición de modalidades en los testamentos, sin embargo, es una figura que se debe tener en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico debido a que esta figura no es para despojar a los herederos de su legítima, los padres no desean quitar la legítima que le corresponde a sus herederos forzosos, salvo en los casos ya señalados en el párrafo anterior, lo que buscan es que sus herederos cumplan con determinadas exigencias, con el afán de buscar que sus hijos, por ejemplo, puedan continuar o concluir una carrera técnica o universitaria, no dedicarse a realizar actos ilícitos o que vayan contra las buenas costumbres y que puedan realizarse como profesional por el bienestar de él y su familia.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley; sin embargo, también prescribe que el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, ni imponer modalidad y que, si se imponen modalidades por el testador, se tendrán por no puestas.

Con la presente modificación no se busca despojar al heredero forzoso de su legítima, de acuerdo a lo señalado por Lohmann Luca de Tena, “no se le permite al testador privar de la legítima a sus parientes considerados legalmente como herederos forzosos; los descendientes, los ascendientes, el cónyuge o conviviente. Privar de la legítima equivale a despojar, quitar, negar el acceso a ella. Lo que el legislador ha querido, en

suma, es evitar que mediante disposiciones testamentarias el testador impida (adrede o involuntariamente) que el forzoso reciba todo lo que legítimamente debiera corresponderle.

Si en nuestra regulación se permitiera la implementación de modalidades en las disposiciones testamentarias a los herederos forzosos, éstas se regirán por el libro II del Código Civil Peruano, respecto a modalidades del acto jurídico.

Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero, aun cuando el testador disponga otra cosa. La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta. Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona. No se deben imponer condiciones inmorales porque estas son contrarias a las buenas costumbres, a la decencia, a la honestidad.

Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse.

La modificación debe acarrear las ventajas siguientes:

Permite respetar la autonomía privada de la voluntad y mantener la unidad del patrimonio hereditario. Asimismo, en el ámbito laboral, si la empresa que forma parte de la herencia, no es dividida, vendida o por último liquidada, tendría ventajas como, mantener a los trabajadores en sus labores y así éstos puedan seguir siendo el sustento de sus hogares y si llevan varios años de trabajo incluso hasta poder jubilarse, porque cuando las personas de edad avanzada se quedan sin trabajo, es más difícil de conseguir uno nuevo, debido a que dedicaron años de trabajo a una sola empresa; también permitirá que el heredero se preocupe por su futuro laboral debido a que tiene que cumplir con las modalidades impuestas para que pueda obtener la herencia y disponer de ella; la libertad de testar desarrolla la iniciativa individual, porque no pudiendo el individuo contar con una herencia, se ve en la obligación de satisfacer sus necesidades y desarrollar toda su energía y consagrarse al trabajo, por otra parte, los beneficios económicos aumentan debido a la seguridad que tienen los trabajadores y buscan lo mejor tanto para ellos como para el empleador, puesto que, si genera más ganancias para la empresa, los trabajadores tendrán mayores utilidades. En el ámbito tributario, se tendrá que seguir pagando los tributos, a diferencia si esta se extingue, es un ingreso más para las obras que se realizar en nuestro país. En el ámbito familiar, no se tendrá los conflictos por la división de la masa hereditaria, y todos buscarán mejores ganancias de manera conjunta debido a que si uno gana o pierde, todos pasarán por lo mismo.

Siendo esto así, resulta de suma importancia la regulación de las modalidades en el testamento.

El artículo 733° del Código Civil, necesita ser modificado para que se pueda implementar modalidades al testamento con respecto a los herederos forzosos y el artículo 736° del mismo Código, se necesita modificar debido a que la institución de heredero forzoso no se hará en forma simple y absoluta, y que así se puedan implementar modalidades por parte del testador.

II. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO.

La propuesta de Ley no implica erogación de los recursos públicos, cumpliendo con lo dispuesto por el literal a) del inciso 2) del artículo 76° del Reglamento del Congreso de la República, en tanto que únicamente permitiría que los interesados al momento de redactar su testamento, puedan imponer en éste, las modalidades del acto jurídico.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La presente iniciativa pretende fortalecer y enriquecer la normativa vigente, sin que ello implique que se contravenga disposición civil alguna, guardando concordancia con el ordenamiento constitucional.

IV. FORMULA LEGAL.

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

“LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 733° Y 736° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO-LEY QUE OTORGA LA IMPOSICIÓN DE MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO EN EL TESTAMENTO, A LOS HEREDEROS FORZOSOS.”

Artículo 1°. - Objeto de la Ley.

La presente Ley tiene por objeto modificar los artículos 733° y 736°, del Código Civil Peruano – Ley que otorga la imposición de modalidades del acto jurídico en el testamento, a los herederos forzosos.

Artículo 2°. - Alcance de la Ley.

Puede acogerse a lo dispuesto por la presente Ley, toda persona al momento de disponer de sus bienes a través de testamento.

Artículo 3°. - Modificación del artículo 733° del Código Civil.

Modifíquese el artículo 733°, del Código Civil, conforme al siguiente texto:

“Artículo 733°. - El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer gravamen, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos”.

Artículo 4°. - Modificación del artículo 736°, del Código Civil.

Modifíquese el artículo 736°, del Código Civil, conforme al siguiente texto:

“Artículo 736°. - Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición”.

Disposición complementaria

Primera. - Las modalidades impuestas en el testamento no pueden ir contra el orden público, las buenas costumbres, la moral, la seguridad nacional y el bienestar común. Se debe tener en cuenta el artículo V, del Título Preliminar, del Código Civil Peruano, que establece, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Segunda. - Las modalidades deben tener un fin lícito, ser física y jurídicamente posible, de acuerdo a lo establecido en el artículo 171°, del Código Civil.

Tercera. - Las modalidades del acto jurídico impuesta en el testamento a los herederos forzosos, se regirán por lo dispuesto en el Libro II, Título V, del Código Civil, sobre modalidades del acto jurídico, en lo que corresponda.